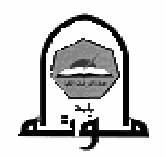


جامعة مؤتة

عمادة الدراسات العليا

إلتزام المحكم بتطبيق القانون على موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم في القانون الأردني

إعداد الطالب

محمد عبدالعزيز خليفات

إشراف

الأستاذ الدكتور مصلح أحمد الطراونة

رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليـــــا

إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجـــــــة

الماجستير في الحقوق قسم القانون الخاص

جامعة مؤتة، 2009

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع..

إلى من علمني العطاء بدون إنتظار .. إلى من أحمل إسمه بكل إفتخار .. أرجو من ا أن يمد في عمرك لترى ثماراً قد حان قطافها بعد طول إنتظار.. إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم.. **والدي العزيز**

إلى رمز الحب وينبوع الحنان.. إلى بسمة الحياة وسر الوجود..

إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها..إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب.. إلى القلب الكبير.. إلى القلب الناصع بالبياض.. **والدتي الحبيبة**

إلى من كانوا ملاذي وملجئي..إلى من آثروني على أنفسهم ..إلى من علموني علم الحياة..إلى من كانوا يضيئون لي الطريق ويساندوني..**إخوتي وأخواتي**

إلى من بوجودها أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها.. إلى من عرفت معها معنى الحياة..إلى الشمعة التي أنارت دربي.. إلى الروح التي سكنت روحي..إلى ريحان حياتي.. **خطيبتي غدير**

إلى من آزروني وشدوا على يدي طيلة فترة دراستي.. إلى من كانوا بقربي في وقت حاجتي إليهم .. إلى الذين أحببتهم وأحبوني .. **أصدقائي و زملائي**

محمد عبد العزيز خليفات

الشكر والتقدير

الشكر   عز وجل، الذي وفق مسعاي ويسر مبتغاي، لما يحبه ويرضاه، لأستاذي الفاضل، ومنار مسيرتي العلمية في مؤتة الشموخ والكبرياء، الدكتور مصلح أحمد الطراونة، لما منحني به من التوجيه والرعاية الكريمة، بإشرافه على دراستي بتميز واقتدار. فجزاه ا   عنّي كلّ خير.

وأقدم عظيم شكري للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، د. عبد العزيز سلمان اللصاصمة و د. جعفر محمود المغربي و د. فراس عبدالكريم الملاحمة، لتكرمهم بإثراء هذه الرسالة بفيض خبراتهم المعرفية والأكاديمية المتمكنة. والشكر موصول لكلية الحقوق، عمادةً وأساتذة أجلاء وإداريين، لما لمسته من طيب المعاملة وا   أسأل أن يوفقنا عالمين ومتعلمين، وآخر دعوانا أن الحمد   رب العالمين .

محمد عبد العزيز خليفات

فهرس المحتويات

الملخص

مدى إلتزام المحكم بتطبيق القانون على موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم في القانون الأردني

دراسة مقارنة

محمد عبد العزيز خليفات

جامعة مؤتة 2009

تناولت هذه الدراسة مدى إلتزام المحكم بتطبيق القانون على النزاع المحكم فيه على ضوء نصوص قانون التحكيم الأردني والمقارن، وقد هدفت إلى تحديد مفهـوم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وكذلك بيان مصادر القواعد القانونية الواجبة التطبيق على أساس النزاع .

وهدفت الدراسة كذلك إلى بيان مدى الحرية التي يتمتع بها الفرقاء والمحكمون- على حد سواء- في إختيار القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، والقيود التي ترد على هذه الحرية .

وبينت من خلال هذه الدراسة أيضاً حالات خـروج المحكـم علـى القواعـد القانونية المختارة للتطبيق على النزاع، للنعي على حكم التحكيم بالبطلان على أساس خروج المحكم على القانون الموضوعي الذي إختاره الفرقاء، وركزت البحث علـى حالة الإستبعاد على النحو الوارد في البند الرابع من الفقرة (أ) من المادة 49؛ فبينت المقصود بالإستبعاد وشروط إعماله من خلال تحليل النصوص القانونية ومقارنتهـا وتدعيمها بالأحكام القضائية، وإتجاه المحاكم الأردنية في هذا الصدد .

Abstract

The Duty of Arbitrator to Apply the Substantive Law to the Subject-matter of the Arbitrated Dispute under the Jordanian Law

Comparative Study

Moh'd Abdel-Aziz Khleifat

Mu'tah University, 2009

This dissertation deals with the duty of an arbitrator to apply the substantive law to the subject matter of the arbitrated dispute in Jordanian and comparative law. It defines the concept of the substantive applicable law and the sources of the rules of law which are to be applied to the subject matter of arbitration.

This study examines also the freedom of the parties and arbitrators in respect of the choice of substantive law and the limits to such freedom. We have also examined the cases of the arbitrator’s deviation from the agreed upon rules of law. We emphasize mainly on the application of Article 49 (a) (4) of the Jordanian Arbitration Law by the Jordanian courts.

مقدمة

يعترف المشرع بإمكان تحقيق الحماية القضائية للمصالح المعتدى عليها بوسائل أخرى غير الإلتجاء إلى قضاء الدولة، ومن هذه الوسائل البديلة لفض المنازعات التحكيم. والتحكيم هو محكمة خاصة تنشأ بإتفاق ملزم للأطراف تسير وفقاً للإجراءات التي يضعها أو يختارها الأطراف، وتطبق القانون الذي يختارونه.

فالفرقاء يلجأون إلى هذه الوسيلة من أجل تفادي المثالب والقصور الذي يعتري القضاء العادي، من جهة بطء الفصل في المنازعات وتعدد درجات التقاضي، وعلانية محاكماته التي تهدد ما يحيط به الأشخاص – لا سيما التجار ورجال الأعمال- أنفسهم من سرية، خصوصاً في عقود التجارة الدولية. والفرقاء عند إختيارهم التحكيم للفصل فيما تنازعوا عليه يؤمنون بفعالية وكفاءة هذه الوسيلة ونزاهة المحكمين الذين إختاروهم، والأهم أنهم يدركون مسبقاً مخاطر إعتبار هيئة التحكيم الدرجة الأولى والأخيرة للتقاضي؛ فحكم التحكيم- خلافاً للأحكام القضائية- لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المألوفة في قانون أصول المحاكمات المدنية.

وإدراكاً منه لأهمية التحكيم، أدخل المشرع الأردني قانون التحكيم إلى المنظومة القانونية في الخمسينات من القرن الماضي بالقانون رقم 18 لسنة 1952، وحرصاً منه على مواكبة المستجدات، صدر قانون التحكيم الساري المفعول رقم 31 لسنة 2001، وكانت أغلبية نصوصه مستمدة من قانون التحكيم المصري رقم 47 لسنة 1994؛ والمأخوذ بوجه عام من القانون النموذجي لسنة 1985 الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية(Unictral) .

وإستناداً للمادة 3 من قانون التحكيم الأردني، فإنه يجوز إحالة كافة منازعات الحقوق الشخصية المترتبة عن مصدر من مصادر الالتزام في القانون المدني الى التحكيم سواء كان مصدر الإلتزام هو العقد أو التصرف الإنفرادي أو الفعل الضار أو الفعل النافع، وبمعنى آخر فإنه يجوز إحالة كافة المنازعات القابلة للصلح الى التحكيم.

مشكلة الدراسة

إن المشرع الأردني في المادة 36 من قانون التحكيم قد ألزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد القانونية التي إتفق الفرقاء على تطبيقها على موضوع النزاع المحكم فيه، ثم عاد وكرس مبدأ حرية طرفي التحكيم في إختيار هذه القواعد، ففي الفقرة الأولى من هذه المادة إلزام لهيئة التحكيم وإلتزام عليها، وفي الفقرة الثانية توجيه لها بتطبيق القواعد الموضوعية الأوثق صلةً بالنزاع إذا انتفى هذا الإختيار.

المشكلة الأولى تبدأ من لفظ (القواعد القانونية) الذي إستخدمه المشرع في هذه المادة، حيث أن فريقاً من الشراح ينكر على الفرقاء حريتهم في إختيار قانون دولة معينة أو بعض قواعدها، أو عرفاً مضطرداً أو عادةً جاريةً، أو ما يعرف بقواعد التجارة الدولية؛ لا سيما عندما تكون أطراف المنازعة وطنية بحتة. وإذا ما اختار الفرقاء قانون دولة ما فهل يكون على المحكم الإلتزام بقانون هذه الدولة بكل قواعده ووفقاً لمصادره وبالترتيب الوارد فيه؟

والمشكلة الثانية تبرز في معرفة إلى أي مدى يجب أن يكون هناك تماساً بين القانون المختار والمنازعة الحاصلة بين الفرقاء، فهل للفرقاء أن يختاروا قانوناً محايداً لا صلة له بالعقد ذاته ولا بأطرافه؟ ماذا لو اختاروا قانوناً لا ينطبق على النزاع؟ ماذا لو كانت القواعد القانونية المختارة تخالف النظام العام المحلي وماذا لو كان فيها ما يخالف النظام العام الدولي؟

المشكلة الثالثة تكمن في معرفة المدى الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد القانونية المختارة للتطبيق على النزاع والجزاء المترتب على إخلاله بإلتزامه بتطبيق هذه القواعد، وهل يمكن مد هذه الحالة على إخلال المحكم بشروط أو بنود العقد وعدم إعمالها على النزاع؟ أو بكلمات أخرى متى يمكن النعي بالبطلان على حكم المحكم إذا ما خرج عن القواعد القانونية المختارة للتطبيق على النزاع المحكم فيه؟

أهداف الدراسة :

1- تحديد مفهوم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

2- بيان مدى الحرية التي يتمتع بها الفرقاء في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع والقيود التي ترد عليها .

3- بيان مدى إلتزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون على موضوع النزاع .

4- بيان الأثر المترتب على عدم مراعاة المحكم للقانون الذي يحكم النـزاع فـي القانون الاردني .

أهمية الدراسة

لقد آثرت البحث في موضوع " مدى إلتزام المحكم بتطبيـق القـانون علـى موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم في القانون الأردني" لما يمثله التحكيم من أهمية عملية في عصرنا الحاضر، لاسيما في مجال التجـارة الخارجيـة وتـشجيع الإستثمار، وأهميتة في سرعة الفصل في الدعاوى وإزاحتها عن كاهل القضاء؛ فجل العقود اليوم يتم تضمينها شرط تحكيم، وإذا أغفل الفرقاء إدراجه في العقد كان لهـم الإتفاق لاحقاً على تسوية النزاع تحكيماً وفق ما يعرف بمشارطة التحكيم.

ومن جهة أخرى، تكمن أهمية هذه الدراسة في تسليطها الضوء على الجانب الإرادي للفرقاء في إختيار القانون الموضوعي لتطبيقه على النزاع بعيداً عما يعرف بتنازع القوانين، والمشكلات والمحددات التي تعترض هـذه الإرادة، فـضلاً عـن محاولة الدراسة إستقصاء موقف المحاكم الأردنية وتوجهها في المـشكلات التـي يثيرها إختيار القانون الموضوعي.

وعلى حد علم الباحث أنه لا توجد دراسات سابقة في الفقه الأردني فـي ذات الموضوع - بإستثناء ورقة عمل مشار اليها في (الدراسات الـسابقة)- ولا حتـى شروحات لقانون التحكيم تتصل بالقانون الواجب التطبيق على أساس النزاع، لـذلك فقد جاءت هذه الدراسة لبحث هذا الموضوع والتركيز على حالة من حالات بطلان حكم التحكيم الواردة حصراً في القانون، وهي الحالة التي يستبعد فيها حكم التحكـيم تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضـوع النـزاع، وقـضاء المحاكم الأردنية في هذا الصدد.

منهج البحث

سيستخدم الباحث المنهج الوصفي الإستقرائي في الوصول الى حـل مـشكلة الدراسة .

الدراسات السابقة

وفي هذا المجال أشير إلى بعض الدراسات التي تتصل بالموضوع محل بحثنا، فقد قدم (الحجايا، 2008) دراسة بعنوان (القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيـه)، وهي عبارة عن ورقة عمل مقدمة للمؤتمر السنوي السادس عشر/التحكيم التجـاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

وقد تناولت هذه الورقة القانون الذي يحكم النزاع من حيث الموضوع ومـن حيث الإسناد (تنازع القوانين)، وتناولت بإختصار موضوع مدى حرية الاطراف في إختيار القانون الذي يطبق على النزاع المحكم فيه، ولكنها لم تشر إلى كـل القيـود التي ترد على حرية الإختيار هذه، ومن بينها النظام العام الداخلي وقواعد البـوليس أو الأمن المدني، وكذلك لم تبحث مسألة خروج المحكم علـى القواعـد القانونيـة المختارة للتطبيق على موضوع النزاع؛ لاسيما مسألتي التشويه (المسخ) والوصـف القانوني الخاطىء الذي يترتب عليه عدم تطبيق القانون الذي إختاره الفرقاء، كما لم تتعرض إلى قضاء المحاكم الأردنية في هذا السياق.

وفي دراسة أخرى قام بها (عبد العال، 2006) بعنوان (القانون الـذي يحكـم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته مـن قبـل هيئة التحكيم) ، وهي عبارة عن ورقة عمل مقدمة الى نفس المؤتمر المـشار اليـه آنفاً.

وقد جاءت هذ الدراسة في ضوء مشروع القانون الإتحـادي الإمـاراتي لـسنة 2006 في شأن التحكيم في المنازعات التجارية.

الفصل الأول

مصادر القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع

تمهيد

" إن الأصل في فض المنازعات هو من إختصاص المحاكم بأنواعها، إلاّ أن المشرع وإستثناءاً من هذا الأصل، أجاز للأطراف اللجوء إلى التحكيم[1] لفض النزاعات بالتراضي، بما يجعل التحكيم طريق بديل عن المحاكم لفض النزاعات وبإرادة الطرفين"[2] .

فالتحكيم Arbitration هو إتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة Dispute التي ثارت أو ستثور بينهم مستقبلاً عن طريق أشخاص محكمين Arbitrator(s) يعهد إليهم بهذه المهمة، ويعتبر إتفاق التحكيم Arbitration Agreement - بصورتيه شرط التحكيم Arbitration Clause ومشارطة التحكيم[3]- Submission Agreement أساس التحكيم، وهو الذي

---

1. Arbitration has been defined as a process whereby parties voluntarily agree to refer their disputes to an impartial third person or persons selected by the parties for a decision that is final and binding on the parties. See CINDY G. BUYS, 2005, The Arbitrator's Duty To Respect The Parties Choice of Law in Commercial Arbitration, FP-BUYS, p.59.

ولم يشر قانون التحكيم الأردني إلى تعريف مصطلح التحكيم أو إتفاق التحكيم، بعكس بعض تشريعات التحكيم الأخرى. أنظر المادة 10 من قانون التحكيم المصري، والمادة الأولى من قانون التحكيم السوري، والمادة 765 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

2- قرار محكمة إستئناف عمان، رقم 2009/18، تاريخ 2009/5/31.

3- وفقاً للمادة (11) من قانون التحكيم الأردني، فإنه " يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقاً على نشوء النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل النزاعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان الإتفاق باطلاً". فالفرق بين صورتي إتفاق التحكيم واضح من خلال كون شرط التحكيم له سمة وقائية بإستبعاد الإختلاف والتعطيل في مسار عرض النزاع قضاء أو تحكيماً، إذ تستبعد ولاية القضاء على النزاع طالما تمسك الخصوم بشرط التحكيم عند إبرام العقد الأصلي، حتى ولو كانت قد أقيمت في شأن هذا=

يضفي عليه صفته الخاصة ومداه، بإعتباره الأساس الذي تستمد منه هيئة التحكيم Arbitral Tribunal ولايتها القضائية Judicial scrunity[1].

ومن أهم الموضوعات التي يثيرها إتفاق التحكيم موضوع القانون الواجب التطبيق على النزاع بشقّيه الموضوعي والإجرائي، والمقصود بذلك مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها مناسبة للتطبيق على النزاع، سواء كان مصدرها قانوناً وطنياً أو مشتقة من مجموعة قوانين وطنية أو قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية[2].

إبتداءاً نقول أن عبارة القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم لا تعني بالضرورة أن يكون إتفاق الطرفين خاضعاً لقانون ما، فالفرقاء يستطيعون- كما سيجيء في حينه- تفويض هيئة التحكيم بالتحرر من تطبيق أحكام القانون وإستبعاد تطبيقه على موضوع النزاع، وحكم نزاعهم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف.

وثانيا أن عبارة " القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم تعني أن الاتفاق المذكور متعلق بالتحكيم الدولي وليس بالتحكيم الداخلي، لأن التحكيم الداخلي لا

= النزاع دعوى أمام جهة قضائية، بل وفي أي حالة تكون عليها الدعوى طالما لم يصدر فيها حكم. ويعتبر أيضاً اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد(م 10/ب من قانون التحكيم الأردني). عبد القادر، ناريمان،2005، اتفاق التحكيم والموضوعات التي يجب أن يشملها، الجديد في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص222.

1- هيئة التحكيم هي " الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال إلى التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون". م 2/ أ من قانون التحكيم الأردني، وتشير هذه المادة إلى أن مصطلح " هيئة التحكيم " يشمل المحكم الواحد من جهة، كما يشمل المحكمون مهما بلغ عددهم من جهة أخرى.

2- السمدان، أحمد، 1993، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشر، العدد الأول والثاني، ص174.

يطرح مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إعتبار أن المسألة محسومة لصالح القانون الداخلي[1].

والمقصود بالقانون الإجرائي هو القانون الذي تطبقه هيئـة التحكـيم علـى الإجراءات التي تتم أمامها، أو تتخذها هي لنظر النزاع تمهيداً للفصل فيـه[2]. أمـا القانون الموضوعي فهو الذي يحكم موضوع النزاع وحقوق الأطراف وإلتزامـاتهم التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية[3].

وإذا كان من اليسير وضع تعريف لكل من القانون الموضـوعي والقـانون الإجرائي، إلا أنه ليس بالأمر السهل أو من المستحيل حتى، كما يبدو لجانـب مـن الفقه[4]، وضع معيار واضح للفصل بين ما هو إجرائي وما هو موضوعي، ذلك أن هناك من القواعد القانونية ما يمس الموضوع والإجراءات في الوقت نفسه، ومثـال ذلك القواعد التي نصت عليها المادة 36 من قانون التحكيم الأردني ، وأغلب الفقـه

1- شاهين، فايز الحاج،2003، محاضرات في التحكيم، القانون الواجب التطبيق علـى إتفـاق التحكيم، كلية الحقوق، جامعة بيـروت العربيـة، الطبعـة الأولـى، المكتبـة القانونيـة، دمشق،ص222-224.

2- العوا، محمد سليم، 2008، دراسات في قانون التحكيم المـصري والمقـارن، دار الكتـب القانونية، المحلة الكبرى، نبذة1 ص100. ويطلق عليه " Procedural Ural Law " ، أي القانون الذي يعتمد عليه المحكم في تسوية المسائل الإجرائية من تقـديم مـستندات وأدلـة وسماع الشهود ودراسة إتفاق التحكيم وتحديد إختصاص المحكم ونظام المرافعـة وطريقـة تسيير كل ما يتعلق بالإجراءات. خليفة، عمرو محمد إبراهيم، سلطة المحكم فـي إختيـار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع: دراسة مقارنة في التشريع المـصري والفقـه المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص105.

3- ويوصف بأنه موضوعي " Substantive Law " لإعتماد المحكم عليه في حل موضـوع النزاع الناشئ بين الأطراف، فهو القانون الذي يحكم العقد ويعالج تفسيره وصحته والحقوق والواجبات الملقاة على عاتق كل طرف من أطرافه. خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص105.

4- أبو الوفا، احمد، 1990، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط6، منـشأة المعـارف، الإسكندرية، ص24،25.

يذهب إلى إعتبار أن مسألة التفرقة بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي هي عملية تكييف يحكمها قانون القاضي المعروض عليه النزاع[1].

وعلى الرغم من ذلك فإن التفرقة بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبدو مهمة من ناحيتين:[2]

الأولى : من حيث سلطة المحكم في الخروج على القاعدة القانونية، إذ قد يعفى المحكم من إتباع القواعد التي تنظم الإجراءات، ولكنه لا يستطيع التغاضي عن تطبيق القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، نظراً لأن القواعد الإجرائية هي مجرد وسيلة لإظهار كافة جوانب الحقيقة أمام المحكم وليست غاية في ذاتها[3].

الثانية: من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق في نطاق القانون الدولي الخاص، حيث يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق على طبيعة المسألة المتنازع عليها، وفقاً للمنهج التقليدي القائم على قاعدة التنازع[4].

ونظراً لتشعب الموضوع وتعدد محاوره، فإنني سأكتفي في هذه الرسالة ببحث مسألة القانون الواجب التطبيق على الموضوع، دون القانون الواجب التطبيق

1- سلامة، أحمد عبد الكريم، 1984، أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية، المنصورة، ص 298/ التلاحمة، خالد إبراهيم، 2006، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، جهينة للنشر والتوزيع، عمان، ص12.

2- القاضي، خالد محمد، 2002، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار الشروق، القاهرة، ص248.

3- إن خروج المحكم على القواعد واجبة التطبيق على الموضوع، قد يعد إستبعاداً للقانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، بالمعنى المقصود في المادة 49/أ/4 من قانون التحكيم الأردني، وبالتالي إعتباره سبباً من أسباب النعي بالبطلان، على نحو ما سنبينه لاحقاً.

4- التلاحمة، خالد إبراهم، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، جهينة للنشر والتوزيع، عمانص12.

على الإجراءات، مع الإشارة إلى هذا الأخير كلما دعت الحاجة إلى ذلك، ونحيـل القارئ الكريم إلى الدراسات المتخصصة التي تناولته بالبحث[1].

وأياً يكن من أمر، فإن القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على موضـوع أو أساس النزاع تعتبر من أهم قضايا التحكيم، فهي المرجع في إصدار حكم التحكـيم وبالتالي حسم النزاع وإنهائه. وقد حرصت غالبية النظم القانونية على إحترام إرادة المحتكمين، سواء في إختيارها للقواعد أو القانون الذي يحكـم موضـوع النـزاع مباشرة أو في إحالتها إلى قواعد التنازع لدولة معينة، يتم على ضوئها تحديد تلـك القواعد، أو إلى تخويل هيئة التحكيم سلطة إختيار القواعد المناسبة لحكم النزاع[2].

ومع ذلك فقد تظهر الصعوبة جلياً في حالة غياب أو تخلّف هذه الإرادة عـن تعيين القواعد أو القانون الذي سيحكم النزاع، بحيث يأتي التصرف أو العقد صامتاً حول هذه المسألة[3].

1- أنظر على سبيل المثال لا الحصر: مبروك، عاشور، 1988، النظام الإجرائـي لخـصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة/ والي، فتحي، 1999، إجراءات وقواعد التحكـيم في العالم العربي مقارنة بالإتجاهات الحديثة في التحكيم، محاضرة في مؤتمر مراكز التحكيم العربي، التحكيم العربي: الحاضر والمستقبل، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان17-18 مايو 1999/ أبو الوفا، أحمد، عقد التحكيم وإجراءاتـه، 1974، الطبعـة الثانيـة، منـشأة المعارف، الإسكندرية/ الكردي، جمال محمود، 2000، القانون الواجب التطبيق في دعـوى التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

2- الصانوري، مهند احمد، 2005، دور المحكم في خصومة التحكيم الـدولي الخـاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص132.

3- قد يرجع هذا الصمت إلى إغفال المحتكمين أو جهلهم بأهمية تحديد القانون الذي يطبق على النزاع – بشقّيه الموضوعي والإجرائي – أو إلى تعمدهم ذلك من أجل تفادي الدخول فـي مسألة خلافية قد تؤدي إلى فشل التعاقد، تاركين مناقشة هذه المسائل لوقت آخر، أو تخويـل المحكم القيام بهذه المهمة. الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخـاص، ص132. ولعل من أكثر العقود التي تهمل تحديد القانون الواجب التطبيق الإتفاقات البترولية الموقعة بين الشركات الغربية وحكومات الشرق الأوسط، وفي هذه الإتفاقيات يهمل الطرفان عمداً تحديد القانون الواجب التطبيق، فيترك ذلك لإختيار المحكمين. عباس، عبد الهـادي=

والمحكم في النظامين الوطني والدولي، إما أن يحكم بمقتضى القانون ويعرف بالمحكم المقيد، وإما أن يحكم بمقتضى قواعد العدالة متى خوله الطرفان هذه المهمة بإتفاق صريح ويعرف بالمحكم الطليق أو المصالح[1].

وتتيح معظم القوانين الوطنية – كما سيجيء – لطرفي التحكيم حرية الإختيار بين التحكيم بالقضاء الذي يقيد فيه المحكم بالقانون، والتحكيم الطليق، الذي لا يتقيد به المحكم بأي قانون وطني معين؛ وتترك فيه للمحكم سلطة إختيار أي قواعد يراها عادلة.

وتأسيساً على ما سبق، وتأصيلاً لأهمية ومكانة القواعد الموضوعية في حكم أساس النزاع، فإنني في هذا الفصل من الدراسة، سأبين مصادر هذه القواعد، مرتبة بحسب أهميتها وكما وردت في قانون التحكيم الأردني وتشريعات أخرى[2]، وهذه المصادر هي: قانون الإرادة، القانون الذي يراه المحكم أنه الأكثر إتصالاً بموضوع النزاع، الشروط العقدية والأعراف والعادات التجارية، المبادئ العامة في القانون، وأخيراً قواعد العدالة والإنصاف.

1.1 قانون الإرادة (Party Autonomy)

تلعب إرادة الأطراف كضابط إسناد دوراً بارزاً في إختيار القواعد القانونية التي تحكم النزاع المحكم فيه، حيث أرست غالبية التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية- كما سنرى – مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على

=وهواش، جهاد، التحكيم، 1997، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، دمشق، نبذة246، ص 450.

1- المصري، حسني، 2006، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ص 334.

2- ستتركز دراسة المقارنة بالإضافة إلى قانون التحكيم الأردني، على قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، وقانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008، وقانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، وقانون التحكيم العماني رقم 47 لسنة 1997، وقانون التحكيم اللبناني رقم 90 لسنة 1983.

موضوع النزاع في خصومة التحكيم[1]. وهذه الحرية في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع Governing Law ما هي إلا تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقـدين Pacta Sunt Servanda، المتعارف عليه في نظرية العقود.

وهذا ما تبناه المشرع الأردني صراحةً في المادة 36/أ من قانون التحكـيم، حيث أعطى للفرقاء الحرية الكاملة في إختيار القواعد التي تطبق علـى موضـوع النزاع، فجاء النص على أن: " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النـزاع القواعـد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينـة أتبعـت القواعد الموضوعية[2] فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين"، لأن قواعد تنازع القوانين قد تشير الى قانون آخر لم يقصده الفرقاء.

فإذا إتفق الفرقاء على تطبيق القانون الفرنسي، فإن هذا يعني أنهم إتفقوا على تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون دون قواعد الإسناد الواردة به، فإذا كانت هذه الأخيرة تحيل بالنسبة لواقعة النزاع الى تطبيق القانون الإنجليزي مـثلاً؛ فإنـه يجب – مع ذلك- تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي. على أنه يستثنى من هذا الأصل حالة إتفاق الفرقاء على تطبيق قانون دولة معينة بما في ذلك قواعد الإسناد بها، عندئذٍ على المحكمين تطبيق القانون الذي تحيل إليـه قاعـدة الإسـناد بقانون الدولة الذي إتفق الأطراف على تطبيقه، وهو القانون الإنجليزي في مثالنا.

فالمشرع الأردني هنا كرس مبدأ حرية طرفي التحكيم في تحديـد" القواعـد القانونية" واجبة التطبيق على موضوع النزاع، فثمة إلزام لهيئة التحكـيم وإلتـزام

1- الحجايا، نور حمد، 2008، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، ص655-656.

2- يتحدد هذا القانونchoice of law بحسب طبيعة المنازعـة، أي بحـسب مـا إذا كانـت المنازعة مدنية أو تجارية أو ناشئة عن عمل، فقد يكون القانون الموضوعي هـو القـانون المدني أو قانون العمل أو القانون التجاري. المصري، التحكيم التجاري الـدولي، ص336. والواجب على هيئة التحكيم أن تطبق- في حالة إتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين أو نظام قانوني معين- فرع القانون الأكثر إنطباقاً على موضوع النزاع، وذلك نـزولاً علـى واجب هيئة التحكيم في إعمال القانون واجب التطبيق على الوقائع المعروضة عليها. والي، فتحي، 2007، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، بند243، ص420-421.

عليها، وإذا إنتفى هذا الاختيار كان لهيئة التحكيم تطبيق القواعد الأوثق صلةً بالموضوع[1].

وقد جاء النص السابق منسجماً مع نص المادة1/20 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، والذي جاء فيه أنه:

" يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

وبموجب هذه الحرية يستطيع الأطراف إختيار القانون أو القواعد القانونية التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ لحظة التعاقد، فهذه الحرية تبدأ منذ اللحظة التي يضمن فيها الفرقاء عقدهم شرط التحكيم، كما يجوز لهم أيضا تعديل القانون الذي سبق إختياره مع مراعاة حقوق الغير، وأن لا يؤدي ذلك التغيير إلى إبطال العقد الذي ينشأ صحيحاً وفقاً للقانون الذي تم إختياره سابقاً[2] وما هذا إلاّ تطبيقاً لمبدأ حسن النية Good Faith الواجب توافره في سائر العقود، ومن بينها التحكيم[3].

وإبتداء نقول أن التحكيم يختلف بأصله الإتفاقي عن القضاء، وإنطلاقاً من هذا الأصل يؤكد الفقه والقضاء في الأردن ومصر على حرية طرفي التحكيم في

1- أنظر الفقرة (ب) من المادة 36 من قانون التحكيم، والتي تنص على أنه: " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع". إذ أن " من المستقر عليه فقهاً وقضاء أن المحكم يعتبر بمثابة القاضي". تمييز حقوق رقم 2002/36، تاريخ2002/2/6، منشورات مركز عدالة، وبنفس المعنى تمييز حقوق رقم 1980/98، مجلة نقابة المحامين لعام 1999، ص 2323.

2- صادق، هشام علي، 2001، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص477 وما بعدها.

3- تنص المادة 202 من القانون المدني الأردني على:

" 1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف".

إختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المحكم فيه[1]، ذلـك أن نظام التحكيم في مجمله يستمد وجوده من إتفاق الأطراف على اللجوء إليه.

ولكن يجب أن لا يفهم مما سبق أن هيئة التحكيم تلتـزم بمـا إتفـق عليـه الأطراف في هذا الصدد إذا كانت القواعد المتفق عليها لا تنطبـق علـى النـزاع، ويجب أن لا يفهم كذلك أن هيئة التحكيم تمثل الأطراف في النزاع، وإنمـا مهمتهـا تتجاوز التمثيل الى الفصل في النزاع بمقتضى حكم تحكيم ملزم لأطرافه.

نتساءل هنا يسمح إصطلاح " القواعد القانونية" الذي قال به المشرع الأردني بإختيار واسع أمام الفرقاء، وهل تتسع هذه الحرية الممنوحة لهم للإتفـاق المباشـر على القواعد الموضوعية التي تطبق على النزاع، وهل تتسع للإتفاق على تطبيـق قواعد قانون دولة معينة أو أخرى على هذا النزاع، وهل ثمة شرط يستلزم وجـود إرتباط بين إختيار قانون وطني معين وموضوع النزاع؟

لقد إستخدم المشرع الأردني في المادة 36 من قانون التحكيم لفـظ القواعـد القانونية[2] ولم يستخدم مصطلح التشريع، ويقصد بالقواعد القانونية أية قاعدة تحكم

1- الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، 1998، التحكيم في العلاقات الخاصـة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منـشورات الحلبـي الحقوقيـة، بيـروت، نبذة164، ص 248. وفي هذا يشبه المحكم التجاري الدولي القاضي في الدولة، بمعنـى أن مهمته تقتضي حل النزاع بين الطرفين، لكن المحكم - بعكس القاضي- لا يحكم نيابة عـن دولة ما، كما أنه لا يلزم عادة بتطبيق نظام حقوقي تختص به دولة ما، ذلك أن الأطـراف المعنية تلجأ عادة إلى التحكيم التجاري الدولي لتجنب الإشكالات الناشئة عـن المنازعـات القضائية والقانونية، والتوصل إلى تسوية توافق تطلعاتهما وتنسجم مع ضرورات التجـارة الدولية. عباس وهواش ، التحكيم، نبذة 244، ص 445.

2- فيما إستخدم المشرع المصري لفظ (القواعد التي يتفق عليها الطرفان) في المادة 39 منـه، والسوري كذلك في المادة 38 ، والعماني في المادة 39. فالمقصود إذاً بالقواعد التي يتفـق عليها الطرفان هو قانون دولة معينة، كالقانون الأردني أو الفرنسي مثلاً، أو جزءاً من هـذا القانون، كالقانون المدني أو القانون التجاري، أو مجموعة القواعد في نظام قانوني معين،= =كالشريعة الإسلامية أو القانون الأنجلوسكسوني. والي، قـانون التحكـيم فـي النظريـة والتطبيق، نبذة 326، ص 586.

موضوع النزاع في قانون وطني معين، أو في لائحة تحكيم، أو في قانون نموذجي أو في إتفاقية دولية، أو في أعراف التجارة الدولية أو المبادئ العامـة للقـانون[1] فيجوز للإطراف عند الإتفاق على تطبيق قواعد معينة أن ينشئوا من عند أنفسهم ما يرونه مناسبا لحكم منازعاتهم[2]، ولكن يراعى هنا أن ما قد يرد في إتفاق الطرفين من أحكام خاصة من إختيارهما (البنود التعاقدية) لاينطبق عليه وصف (القواعد القانونية) التي إتفق الأطراف على تطبيقها وفقاً للمعنى الوارد في المادة 36.

وتطبيقاً لذلك، قضي بأن " إرادة المستدعية والمستدعى ضدها إتجهـت إلـى تطبيق المواد والبنود الواردة في تعليمات حل المنازعات لبورصة عمـان، والـذي يعتبر قانونهم الخاص(على إعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين)..." [3].

فهناك إتجاهاً يرى أن ما يرد في اتفاق الطرفين من أحكـام خاصـة مـن صنعهما لا ينطبق عليه وصف القواعد القانونيـة التـي إتفـق الأطـراف علـى تطبيقها[4]، وأياً يكن الأمر، فإن إتفاق التحكيم يخضع للقواعد العامة فـي العقـود، والتي نظمها المشرع في القانون المدني، بالإضافة إلى ما قد تفرضه ذاتيتـه مـن قواعد خاصة به، كاشتراط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً.

ويظهر من صياغة المادة 36 من قانون التحكيم الأردني أن المشرع يفرق عند تحديد ما تطبقه الهيئة على موضوع النزاع بين" القواعد القانونية التي يتفق عليهـا الطرفان" من جهة، وبين إتفاقهما على" تطبيق قانون دولة معينة" من جهة أخرى.

1- عمر، نبيل إسماعيل، 2004، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية نبذة 135، ص 157.

2- العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، نبذة 23، ص110.

3- قرار محكمة استئناف عمان رقم 2008/217، بداية حقوق، تـاريخ 2009/2/26،(غيـر منشور) .

4- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند 243، ص 418.

ذلك أنه من المتصور – خاصة في مجال عقود التجارة الدولية – [1] أن يضع الأطراف تنظيماً خاصاً وقواعد منتقاة تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات هم الأقدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة، لاتجد مصدرها في قانون معين وإنما في إرادة الأطراف مباشرة[2].

كما قد يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر، فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد، أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثيقة أو عقد نموذجي، ففي كل هذه الصور لا توجد أي إشارة لتطبيق قانون دولة معينة[3].

1- لا يفرق القانون الأردني بين التحكيم الداخلي(الوطني) Domestic Arbitration والتحكيم الدولي International Arbitration، على خلاف ما فعلته كثير من التشريعات، كالفرنسي واللبناني والمصري والسوري والتونسي والعماني. أنظر المادة 3 من قانون التحكيم الأردني، والمواد 809-812 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادتين 1و3 من قانون التحكيم المصري، والمادة 2 من قانون التحكيم السوري والفصل 47 من قانون التحكيم التونسي، والمواد 1-3 من قانون التحكيم العماني. وقضت محكمة التمييز" أن قانون التحكيم لسنة 2001 يطبق على كل تحكيم إتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، وعليه فإن قانون التحكيم لا يسري على التحكيم الذي يجري خارج المملكة". تمييز حقوق رقم 2007/2353، تاريخ 2007/4/8، وبنفس المعنى تمييز حقوق رقم 2004/2233.

2- بريري، محمود مختار أحمد، 1999، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، نبذة 79، ص132.

3- مثال ذلك الإحالة على الشروط العامة للفيديك " Fidic " أو لقواعد جمعية تجارة الحبوب والأغذية (الجافتا Gaffta)، فتعبير القواعد التي إتفق عليها الطرفان يسمح بإستيعاب القواعد المتميزة المستقلة عن أي قانون وطني، وبعيداً عما قد تفضي إليه قواعد تنازع القوانين. نقلاً عن البريري، التحكيم التجاري الدولي، ص132،133. وعليه يمكن للطرفين أن يختارا بشأن ضمان العيوب الخفية في البضاعة القواعد التي نص عليها القانون المدني المصري، وأن يختارا بشأن مسألة التأخير في التسليم نصوص القانون=

والرأي منعقد بالنسبة للتحكيم على أنه لا يشترط أن يكـون القـانون الـذي إختاره الفرقاء على إتصال بالمنازعة فيمكن للفرقاء أن يختاروا قانونـاً محايـداً لا صلة له بالعقد ذاته ولا بأطرافه، ومن ثم لا معقّب على هذا الإختيار المحايد لا من هيئة التحكيم أو من القضاء من بعدها، فليس لهيئة التحكـيم أن تـستبعد القـانون المختار بحجة عدم إرتباطه بالعلاقة[1].

فمن حق الفرقاء إختيار قانون أو عرف أجنبي معين لحكم علاقتهم الداخلية، ويبقى لهذا الإختيار وصف الشروط أو البنود التعاقدية، التي يكون إعمالها مشروطاً بعدم مخالفتها للقواعد الآمرة في القانون الداخلي، أي للقواعد المتعلقة بالنظام العـام فيه- على نحو ما سنرى- وإلاّ كانت باطلة.

إن هذا الحكم يؤكد سلطان القانون الوطني ويحفظ لـه إحترامـه، فإعطـاء الفرقاء في معاملة داخلية الحق في إختيار القواعد الموضوعية في قانون اجنبي، لا يخرج عن حدود الحق الذي يخوله لهم القانون الوطني ذاته في إعمال تنظيم آخـر غير التنظيم الذي تقدمه القواعد المكملة فيه[2].

وأياً يكن من أمر، فإنه يجب صياغة هذا البند "القانون الواجب تطبيقه علـى موضوع النزاع" بطريقة تعبر دون لبس عن رغبة الأطراف، وإلا فإن الغمـوض

=الفرنسي، وأن يختارا فيما يتعلق بالمواصفات، العقد النموذجي لتحكم نزاعهم، فيعتبر ما اتفقا عليه هو شريعتهم التي تحكم العقد، وتلتزم بتطبيقها هيئة التحكيم. أنظـر: صـاوي، أحمد السيد، 2002، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدوليـة، (بدون ناشر)، القاهرة، ص 204.

1- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتـب علـى عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 589-590/ عبد المجيد، منيـر، 1997، التنظـيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقـه وقـضاء التحكـيم، منـشأة المعـارف، الإسكندرية، نبذة 130، ص 177.

2- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب علـى عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 593-594.

الذي يحيط بمثل هذا البند يمكن أن يسبب إشكالات أمام هيئة التحكيم، التي قد تختار تطبيق قانون معين لم يكن أحد طرفي النزاع يتوقع تطبيقه[1].

خلاصة القول أنه في التحكيم الحر أو الخاص[2] يجب تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بإختيار أطراف العقد قانون له صلة بعناصره، غيـر أنه من المرجح أن مثل هذه الصلة بين القانون المختار وموضوع النـزاع ليـست شرطاً لإعماله. ومن الممكن أن يحدد الأطراف هذا القانون مباشرة أو أن تجـري الإحالة على قواعد تنازع القوانين في دولة معينة في حالة التحكيم الدولي[3].

وكما أشرنا سابقاً، فإن قانون التحكيم الأردني لم يفرد قواعد خاصة بالتحكيم الداخلي وأخرى للتحكيم الدولي، لذلك من البديهي أنه إذا كانت العلاقة محل النزاع

1- عبد القادر، اتفاق التحكيم والموضوعات التي يجب أن يشمله، ص239.

2- التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة (Ad. Hoc Arbitration) هو التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفـسهم المحكـم أو المحكمين، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه وتحديده تحديداً مباشراً، أو بالإحالة إلى المصادر التي تستقى منها، بحيث يقوم المحكم أو المحكمون المختارون من قبل أطراف النزاع بالفصل فيه وفقاً لهذه الإجراءات والقواعد التي حـددها الطرفان بطريق مباشر، أو بطريق غير مباشر، من خلال الإحالة إلـى المـصادر التـي تنظمها. الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 126 وما بعدها. أما " التحكيم المؤسسي أو تحكيم المنظمات الدائمة (Institutional Arbitration)، فهو التحكيم الذي يجري في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها أو قواعدها التنظيميـة أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع، بل إحتفظت لنفسها بإختصاص معين في تطبيق لائحة التحكيم المذكورة ولا يهم حينئذٍ كون المنظمـة تتنـاول مهمة النزاع والفصل فيه". نقلاً عن حبيب، ثروت،1975، دراسة فـي قـانون التجـارة الدولية، مطبعة جامعة القاهرة، ص 110.

3- يراعى هنا أن بعض الدول النامية وإن كانت تحرص على إختيار قانونها الوطني للتطبيـق على المنازعات المحتملة مع المستثمرين الأجانب، إلا أن صياغة بند القانون المطبق قد ترد في صورة تسمح بتطبيق قواعد أخرى، كالقانون الدولي في حالات معينة، أو تعليق تطبيـق القانون الداخلي على شرط إتّساقه مع مبادئ القانون الدولي. عبد القـادر، إتفـاق التحكـيم والموضوعات التي يجب أن يشملها، ص 239.

وطنية في كافة عناصرها فلا يكون لهيئة التحكيم أن تطبق قانوناً أجنبياً عليها، وإنما يتعين عليها بالضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الوطني[1].

ولا يقدح في سلامة هذا الحل أنه يمكن للطرفين -إستناداً إلى قانون الإرادة- إختيار القانون الفرنسي أو القانون الإنجليزي مثلاً لحكم نزاعهما حتى ولو كان التحكيم يجري على أرض المملكة، بشرط مراعاة واحترام ما يتعلق بالنظام العام[2] في الأردن وإلا كان ذلك سبباً لعدم تنفيذ الحكم طبقاً لإتفاقية نيويورك[3].

1- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 593. ويرى البريري أن النص – م 39 تحكيم مصري ويقابلها المادة 36 تحكيم أردني – تسمح بإمكان ذلك من الناحية النظرية على الأقل. البريري، التحكيم التجاري الدولي، نبذة 80، ص 134.

2- يعتبر النظام العام أحد القيود التي ترد على حرية الفرقاء في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع. أنظر لاحقاً ص 72 وما بعدها. والرأي الراجح في الفقه وهو الجدير بالتأييد، أنه متى كانت العلاقة المعروضة على هيئة التحكيم علاقة وطنية في عناصرها كافة، فإنه لا يكون ثمة محل لتطبيق قانون أجنبي عليها، وإنما يتعين أن تلتزم هيئة التحكيم بالقانون الوطني دون غيره، إذ أن مثل هذه العلاقة لا تثير تنازعاً بين القوانين يسوغ لهيئة التحكيم الإختيار من بينها. انظر العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، نبذة29، ص114، والمراجع المشار إليها فيه/ الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة183، ص 273.

3- وتعرف بإتفاقية الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيويورك 1958)، وهي لا تعالج جميع المسائل التي تتعلق بالتحكيم، بل تقتصر على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدول المنضمة إليها، وقد وضعت هذه الإتفاقية بخمس لغات أصلية، ليس من بينها اللغة العربية، وهذه اللغات هي الإنجليزية والفرنسية والإسبانية والروسية والصينية. والجدير بالذكر أن المملكة الأردنية الهاشمية إنضمت إلى هذه الاتفاقية وصادقت عليها بموجب الإعلان المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 3585، تاريخ 1988/11/16. للمزيد حول هذا الموضوع انظر: سامي، فوزي محمد، 1997، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 36 وما بعدها/ راشد، سامية، 1974، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة – إتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، نبذة 88، ص 146 وما بعدها.

وهكذا بعد أن بينّا ماهية قانون الإرادة بوصفه مصدراً من مصادر القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على أساس النزاع، لا بد لنا من التعرف على كيفية تعيين قانون الإرادة ووقت تحديدها، وأخيراً البحث في موقف الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم من هذه المسألة.

1.1.1 تعيين قانون الإرادة

تنص المادة 36/أ على أن هيئة التحكيم تطبق القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان. فكيف يتم هذا الإتفاق؟ وهل يلزم أن يكون صريحاً أم يمكن أن يكون ضمنياً؟

لا شك أن التعبير عن الإرادة يأخذ أحد الصورتين: إما صورة صريحة أو صورة ضمنية [1]. فقد يقوم الفرقاء بالإختيار الصريح الواضح للقانون الذي يحكم العقد، وهي الممارسة الحقيقية لمبدأ سلطان الإرادة، وقد لا يحصل مثل هذا الإختيار؛ ولكنه يستفاد من الظروف الملابسة.

1.1.1.1 الإرادة الصريحة Express Intent

يتم تعيين قانون الإرادة صراحة عندما يتفق الفرقاء على تضمين عقودهم شرطاً يوضحون من خلاله رغبتهم في تطبيق قانون معين على موضوع النزاع في حال حدوثه، أي توافق إرادة الأطراف بشكل صريح وواضح على اختيار القانون

1- ثمة نوع ثالث هو الإرادة المفترضة (Presumed Intent) وهي التي يبحث فيها المحكم عما كان سيختاره الأطراف صراحةً أو ضمناً، فواضح أنها إرادة غير حقيقية، مما دعا العديد من التشريعات الوطنية إلى حظرها صراحةً بإعتبارها إرادة مقنعة للمحكم فحسب. فلحوط، وفاء، 2008، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مجلد 2، ص 565- 567. ويصار إلى الأخذ بالإرادة المفترضة عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف، وهذه الطريقة متبعة في بريطانيا وفرنسا وألمانيا، وغالباً ما يكتشف أن الأطراف قد قصدوا تطبيق قانون مكان التحكيم. سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص 187.

النموذجي مثلا ليحكم نصوص العقد الخاص بهم، أو أن الأعراف والعـادات التـي إستقر التعامل فيها بشأن مسألة معينة هي واجبة التطبيق.

والإختيار الصريح يأتي في صالح كل الأطراف فـي العمليـة التحكيميـة، فيسهل مهمة المحكم المضطلع بالفصل في موضوع النزاع، حيث يكـون القـانون الذي يحكم جوهر النزاع واضح أمامه ولا يكلفه مشقة البحث والعناء، كما أن هـذا القانون المختار صراحة والقائم على مبدأ حسن النية، يأتي في صالح الفرقاء، حيث يتوقع كل منهم تطبيق القانون الذي تم بناءاً على اختياره عند التعاقد.[1]

وأغلب هيئات ومراكز التحكيم تذهب إلى منح الحريـة لأطـراف النـزاع لإختيار قانون ما صراحة، ودون اشتراط وجود صلة بين القانون المختار وقـانون الدولة المفترض تطبيقه على العلاقة العقدية.[2]

وعلى العكس فقد إعتد المشرع في إطار قانون الإرادة، بالإتجاه الذي يتطلب الصلة أو الرابطة المنطقية بين القانون المختار والعقد، أخذاً بالنظرية الموضوعية. ذلك أن حق الأطراف في اختيار القانون لا يجـوز أن يجـاوز أهـداف المـشرع بمقتضى قاعدة تنازع القوانين الوطنية التي خولت الأطراف الحق في تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتزاحم حكم الرابطة العقدية، أي القوانين التي تتصل بهذه الرابطة على نحو أو آخر، ومثال ذلك أن يكون القانون المختـار هـو قانون الدولة التي سوف يتم تنفيذ حكم التحكيم على إقليمها.[3]

وعود على بدء، فإن بعض التشريعات نصت على أهميـة هـذا الإختيـار صراحة ووجوب وضوح القانون الذي يحكم موضوع النزاع، مثال ذلك المـادة 2 من القانون الصيني للتحكيم الصادر في 19/ أكتوبر 1989، والتي نصت على أنه

1- خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص127.

2- سلامة أحمد عبدالكريم، 2001، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيـة، القاهرة، ص191.

3- نقلاً عن عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضـوء الفقـه وقـضاء التحكيم، ص198. عكس هذا الرأي أنظر: شاهين، القانون الواجب التطبيـق علـى إتفـاق التحكيم، ص229.

يجب أن يكون إختيار القانون بواسطة الأطراف صريحاً وواضحاً في إتفاق الأطراف [1]، ولا تشترط قوانين التحكيم العربية أن يكون إختيار الفرقاء للقواعد القانونية صريحاً.

ويذهب رأي في الفقه المصري، إلى أن المقصود في إتفاق الطرفين على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق هو الإتفاق الصريح، فإذا لم يكن هناك إتفاقاً صريحاً ومباشراً على إختيار قانون معين، ولم تكن هناك دلالة عليه من نصوص العقد ذاتها، فلا محل لتلمس إرادة ضمنية لهما في الإختيار من خلال بعض المؤشرات أو القرائن العرضية، كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ولغته ومصطلحاته.[2]

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي واللبناني إلى ضرورة أن يكون إختيار القانون الذي يحكم النزاع صريحاً، وحجتهم في ذلك أن إرغام المحكمين على البحث والتقصي عن الإختيار الضمني للفرقاء يؤدي إلى نتائج غير منطقية، ومن شأنه أن يعطل سلطة الإختيار الشخصي التي أولاها القانون للمحكمين، زد على ذلك فإن هذا الإختيار الضمني قد لا يكون دقيقاً معبراً عن الإرادة الحقيقية للفرقاء.[3]

إذاً عدم إختيار الأطراف صراحةً لقانون يحكم نزاعهم يعتبر مشكلة تواجه المحكم في طريق حل النزاع، فعدم إتفاقهم على قانون معين يلقي على عاتقه مهمة البحث عن الإرادة الضمنية لهم بهدف إستجلاء القانون الذي يرغبون في تطبيقه. فكيف يصل المحكم لتلك الإرادة ؟

1- مشار إليه في: خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع،ص 127.

2- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم ، ص594.

3- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم ، ص595.

2.1.1.1 الإرادة الضمنية Implied Intent

واجهت بعض التشريعات الوطنية حالة عدم إتفاق الأطراف على قانون يحكم موضوع العقد، ومنها التشريع الأردني في نص المادة 1/20 من القانون المدني،[1] والتي تنص على أنه" يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيهـا الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

وعلى هذا يتبين لنا أن كلاً من المشرعين الأردني والمصري قد فرضا أحـد ضابطين للإستهداء بهما في حالة عدم الإختيار الصريح لقانون العقد، ففـي حالـة إتحاد موطن طرفي العقد يطبق القانون المشترك للأطراف، وفي حالة إختلافه يطبق قانون دولة إبرام العقد.

وعلى نقيض حكم المشرعين الأردني والمصري، جاء التشريع السويـسري الذي يقضي بتطبيق قانون البلد الأكثر إرتباطاً بعناصر العقد فـي حالـة غمـوض إختيار الأطراف، وبذلك يقع على المحكم عبء البحث عن أكثر العناصر ارتباطـاً في العقد مع قانون إحدى الدول. ويتميز هذا الإتجاه بإفراده مساحة كبيرة للمحكم في مجال البحث عن تلك الروابط، دون التقيد بضوابط محددة مثلما فعـل المـشرعين الأردني والمصري.[2]

والسؤال الذي يطرح هو كيف يختار أطراف التحكيم ضمناً قواعد للتطبيـق على موضوع النزاع، وكيف يمكن للمحكم أن يهتدي لهذه الإرادة الضمنية وما هي المؤشرات التي يلجأ إليها في سبيل الوصول لتلك الإرادة؟

الواقع أنه في حالة إنتفاء الإرادة الصريحة، فإن هيئات التحكيم تتّجـه إلـى إعمال فكرة الإرادة الضمنية التي تستخلصها من ظروف النـزاع وواقـع الحـال

1- يقابله نص المادة 1/19 من القانون المدني المصري.

2- خليفة، سلطة المحكم في إختيـار القـانون الواجـب التطبيـق علـى موضـوع النـزاع، ص 129-130.

بصورة مؤكدة أو قاطعة، مثل قانون مكان الإبرام، أو قانون مكـان التنفيـذ الـذي يتحدد عادة بمكان تسليم البضاعة وإنتقال ملكيتها إلى المشتري.[1]

ومن المؤشرات التي تعرض لها المحكمون، والتـي يمكـن مـن خلالهـا إستخلاص النية المفترضة للفرقاء، مؤشر مقر التحكيم، حيث أعتد بإختيار الأطراف لمقر التحكيم، وإعتباره رضاء منهم بإختيار قانون هذا المقر ليطبق عليهم، وخاصة إذا كان هذا القانون لا تحمله جنسية أحد أطراف العلاقة محل النـزاع، إذ يعتبـر قانوناً محايداً إختاره أطراف النزاع[2]، كالحكم التحكيمي الصادر فـي 10 أكتـوبر 1973 بشأن النزاع بين ليبيا وشركة بترول انجليزية "British Petroleum"؛ حيـث طبق المحكم فيه القانون الدانمركي بإعتباره قانون الإرادة الضمنية، نظراً لإجـراء التحكيم في تلك الدولة.

ورغم تلك الأهمية التي حظي بها مقر التحكيم كأحد المؤشرات التي يمكـن إستخلاص الإرادة الضمنية منها للوصول إلى القانون واجب التطبيـق، ورغـم أن إختيار قانون مكان التحكيم – وبالأخص القواعد الإجرائية فيه- يسهل مهمة المحكم في بعض المسائل الإجرائية كشهادة الشهود، واتخاذ الإجراءات الوقتيـة بمـساعدة السلطات القضائية هناك؛ إلا أن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدوليـة فـي إحدى قضايا التحكيم المعروضة عليها، قالت إن اختيار لندن كمقر للتحكيم، واللغـة

1- عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقـه وقـضاء التحكـيم، ص199.

2- جاء في قرار لمحكمة الإستئناف الإنجليزية في 23 يناير سنة 1968، بين شركتين إحداهما يونانية والأخرى سويدية إن إختيار المحكم للقانون الانجليزي، حيث أن أطـراف النـزاع إختاروا لندن كمقر للتحكيم وان أي منهما لم يكن يحمل الجنسية الانجليزية بل أن جنسية كل منهما مختلفة، يعني رغبة الطرفين في الخضوع للقانون الإنجليزي كقانون محايد، ولـيس من العدل تطبيق أي قانون آخر على هذا النزاع، لأنه يعد مخالفاً لرغبة الأطراف. مـشار إليه في: خليفة، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع الـنزاع، ص130.

الانجليزية كلغة للعقد، لا يعتبر في حد ذاته معبراً عن نية الأطراف بإخضاع العقد للقانون الانجليزي[1].

وفي الوقت نفسه، إستخلصت الهيئة ذاتها أن القانون الإيراني هـو واجـب التطبيق على عقد البيع المبرم بين إيراني ويوغسلافي ، استناداً إلى أن إيران هـي مكان تسليم البضاعة، ومن ثم فإن هذا المكان هو قانون الإرادة الضمنية.[2]

وهذا ما حدا ببعض الفقه[3] لينادي بمعايير أخرى مثل محـل إبـرام العقـد كمؤشر يستهدي به المحكم للوصول للإرادة الضمنية، كون هذا المعيار غالبـاً مـا يتفق مع جنسية أحد الأطراف، فيوفر رابطة أو صلة بين قانون العقد وقانون دولـة الإبرام. إلا أن هذا المعيار لم يعد يتفق مع معطيات التجارة العالمية الحديثة، والتي تعتمد على الوسائل الالكترونية في كثير من التعاقدات، فالتعاقد هنا بـين غـائبين، وبالتالي يصبح مؤشر إبرام العقد قليل الفاعلية وغير معبـر حقيقـة عـن الإرادة الضمنية للأطراف.

أما مؤشر محل تنفيذ العقد، فقد واجه الكثير من النقد وخاصـة فـي مجـال العقود التي تتعدد فيها أماكن التنفيذ، رغم إمكانية التغلب على ذلك بإختيار قـانون محل تنفيذ الجزء الرئيسي أو الجوهري في التعاقد، ذلك أن التنفيذ هو الهدف مـن التعاقد. ولكن هذا المؤشر يصطدم عملياً في العقود الدولية طويلة الأمد، إذ لا يكون تطبيقه سهلاً بسبب تعدد أماكن التنفيذ أو طول فترة التنفيذ.[4]

لذلك بحث الفقه عن مؤشر آخر هو جنسية المحكم، على أساس قاعدة أن من يختار القاضي يختار قانونه، ومما لاشك فيه أن الجنسية تلعب دوراً بارزاً في مجال

1- خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص132.

2- حكم هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1717 لسنة 1972. نقلاً عن عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقـه وقـضاء التحكـيم، ص199.

3- إبراهيم، أحمد إبراهيم، 1997، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص83./ سلامة، قانون العقد الدولي، ص 201.

4- خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص133.

العلاقات العائلية إلا أنه من الصعب إستخدامها في مجال العلاقات التجارية الدولية التي لا يعتمد فيها على الإعتبار الشخصي [1] .

وقد إستخدم المحكمون أحياناً القانون الذي يسري علـى إجـراءات النـزاع كمؤشر للإرادة الضمنية للأطراف، ينسحب على موضـوع النـزاع المعـروض عليهم، بهدف وحدة سريان القانون المطبق على النزاع برمته سواء مـن الزاويـة الإجرائية أو الموضوعية، فيصبح كلاهما محكوم بقانون واحد. ولكن هذا المعيار تم انتقاده لأن إختيار الأطراف لقانون معين ليطّبق على إجراءات النـزاع، لا يعبـر بالضرورة عن رغبة هؤلاء الأطراف في تطبيق نفس القانون على جوهر النـزاع، بل قد يكون تركهم للقانون الموضوعي رغبةً منهم في ترك حرية الإختيار للمحكـم لإختيار القانون المناسب[2] .

ومن المؤشرات التي يرجع إليها المحكمون لإسـتخلاص الإرادة الـضمنية للأطراف، اللغة التي حرر بها عقدهم، كذلك العملة، على أساس أنهـا تعبـر عـن رغبة الأطراف في تطبيق قانون الدولة التي يتم الوفاء بعملتها، بالإضافة إلى مؤشر الموطن المشترك وهو ما أخذ به المشرعين الأردني والمصري كما سبق أن بيّنّا[3].

ويمكن أن تستخلص الإرادة الضمنية من إلتجاء الأطراف إلى مركز تحكـيم يعتنق لائحة معينة، كذلك من القرائن التي يمكن يستخلص منها القـانون الواجـب التطبيق، إرتباط العقد بعقود أخرى.[4]

1- سلامة، قانون العقد الدولي، ص202.

2- خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص134.

3- إن فكرة الموطن المشترك للمتعاقدين يصعب توافرها في مجال المعاملات التجارية الدولية لتعدد الأطراف فيها وإختلاف موطنهم، مما يصعب معه البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال البحث عن الإرادة الضمنية في هذا المؤشر.

4- فقد حكمت محكمة باريس في 21 مايو 1957، بأن الكفالة التي تمت من بنك فرنسي بنـاء على طلب بنك آخر دانمركي عن صفقة توريد في يوغسلافيا، تخـضع للقـانون الواجـب التطبيق على الالتزام المضمون(الكفالة)، أي القانون الذي يحكم الالتزام الأصلي. مـشار إليه في: عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضـوء الفقـه وقـضاء التحكيم، ص200.

وهكذا مع تزاحم هذا الكم من المؤشرات أمام المحكّم للوصول إلى الإرادة الضمنية للفرقاء، فإننا نؤيد أن يكون المحكم هو الفيصل في ذلك، يحكم بحسب إقتناعه، بعد البحث عن أكثر الروابط بين العقد وأحد القوانين ذات الصلة في حالة عدم تصريح الأطراف بأحد القوانين ليحكم موضوع النزاع بينهم.

والأفضل كما يرى بعض الفقه أن يستخدم المحكم في البحث عن الإرادة الضمنية ما يسمى بالتطبيق الجمعي Application Cumulative، أي إستخدام عدة مؤشرات للوصول من خلالها إلى القانون الذي يتناسب مع العقد، فالقاعدة هي حرية المحكم الدولي التي لا يقف في سبيلها إلا مراعاته لظروف النزاع المطروح أمامه، والعقد مثار النزاع؛ خاصة وأن المحكم هنا قد تتعدد أمامه الروابط والمؤشرات وعليه أن يبحث عن أكثر المؤشرات تعبيراً عن الإرادة الضمنية للأطراف.[1]

فصحيح أن الإختيار الضمني هو إختيار الفرقاء، وله شواهد ودلائل يكشف عنه المحكم أو القاضي في ضوء هذه الشواهد، إلاّ أن ثمة إلتزاماً على عاتق المحكم عندما يقرر أن قانوناً معيناً قد اختير بصورة ضمنية، فعليه أن يضع ذلك موضع مناقشة بين الفرقاء حتى يمكنهم تحديد الإختيار بصورة جلية واضحة لا لبس فيها[2].

ويجب على المحكم أن يحدد بدقة القانون الذي ينطبق على النزاع من بين نصوص قانون الإرادة الواجب التطبيق، وعليه أن لا يمسخ هذا القانون أو يفسره

1- راجع خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص135-136، والمرجع المشار إليها فيه.

2- إن مناقشة مسألة إختيار القانون الواجب التطبيق ضرورية، حتى ولو كان الإختيار صريحاً، وإلاّ انفتح باب الطعن على قرار المحكم بالبطلان لسبب آخر، هو عدم إحترام مبدأ الوجاهية أو عدم إحترام قوة حقوق الدفاع، أو وجود بطلان في الإجراءات أثّرت في الحكم. نقلاً عن: عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 596.

تفسيراً خاطئاً بما لا يتفق مع عباراته ومدلوله، ومع ذلك فإن الخطأ في تطبيق القانون الذي يشوب الحكم لا يعتبراً سبباً من أسباب النعي على الحكم بالبطلان.[1]

وبناءاً على ما تقدم، نخلص إلى القول بأن تعيين قانون الإرادة، أي إختيار أطراف التحكيم للقواعد التي تطبقها هيئة التحكيم كما قد يكون صريحاً، فإنه قد يقع ضمنياً، فليس ثمة مانع يحول بين الهيئة والبحث من الظروف والموقف المشترك للفرقاء عن وجود إتفاق ضمني على تطبيق قانون معين أو لائحة تحكيم معينة، وهذا ما يستفاد من سكوت المشرع عن معالجة هذه المسألة، فلو أراد قصر الأمر على الإتفاق الصريح لنص على ذلك صراحةً[2].

وهكذا بعد أن بحثنا موضوع تعيين قانون الإرادة (الصريحة والضمنية)، سنتناول فيما يلي موضوع الوقت الذي يتعين فيه الإختيار.

2.1.1 وقت تحديد الإرادة

قلنا أن الأصل هو مبدأ سلطان الإرادة الذي ينصرف إلى حرية الفرقاء في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وقت إبرامه، ولكن هل يؤدي هذا المبدأ إلى التضييق على الأطراف عند عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهل يعني ذلك أنه لا مجال لهم في إبراز اختيارهم إلاّ عند التعاقد؟ وهل من معقّب على سلطة المحكم في الاختيار؟ وماذا لو أصاب القانون المختار للتطبيق على النزاع تغيير أو تعديل لاحق، فهل يطّبق رغم عدم إنصراف إرادة المحتكمين إليه؟

بينّا أن إتفاق الفرقاء على تطبيق قانون معين قد يتحدد وقت الاتفاق على شرط التحكيم، أو في أي وقت آخر بعد نشوء النزاع، وهذا الحكم يوافق العقل والمنطق وقواعد العدالة كذلك، مما حدا ببعض هيئات التحكيم بأن تجيز للأطراف

1- عبد المجيد، التنظيم القانوني والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، ص 200-201. أنظر الفصل الثالث من هذه الرسالة.

2- مثال ذلك إشتراط الإتفاق الصريح في شأن التحكيم المطلق. أنظر المادة 36/د.

إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع ولو بعد حدوثه، إذا لم يكونوا قد إختاروا القانون المطبق قبل حدوث هذا النزاع[1].

تقضي المادة 4 من قانون التحكيم بأنه" يطبق هذا القانون على كل تحكيم قائم وقت نفاذه أو يبدأ بعد نفاذه ولو إستند إلى إتفاق تحكيم سابق على نفاذه، على أن تبقى الإجراءات التي تمت وفق أحكام أي قانون سابق صحيحة"[2].

فإذا إختار الفرقاء قانون دولة معينة للتطبيق على النزاع، فإنه يقصد به القانون النافذ فيها وقت وقوع هذا الإختيار، فإذا ما أصاب قواعده تعديل أو تغيير لاحق، فلا محل للأخذ بهذا التعديل؛ لأن إرادة الفرقاء لم تنصرف إليه وكذلك لأنه يخالف توقعاتهما. ويراعى هنا أنه يمكن للفرقاء الإتفاق على خلاف ذلك، والإعتداد بالقانون المختار بالحالة التي يكون عليها بتاريخ النزاع[3].

وفي أي عقد يحدد الأطراف الحقوق والواجبات التي يلتزم بها كل طرف عند بدء التعاقد، ومن المنطقي أن يحددوا في نفس الوقت النظام القانوني الذي سيخضع له العقد، ثم أن هذا الحق لا ينتهي ولا يمكن أن ينتقص من حق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق بعد نشأة النزاع، فما كان لهم الحرية في القيام به أثناء التعاقد يظل قائماً حتى أثناء النظر في النزاع، لا سيما عند إغفالهم النص على هذا القانون أثناء إبرام العقد[4].

1- خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص 116.

2- يقابله نص المادة 1 من قانون التحكيم المصري ولا يوجد له مقابل في القانون النموذجي. للمزيد حول سريان القانون من حيث الزمان، أنظر حداد، حمزة أحمد، 2003، بعض جوانب قانون التحكيم الأردني، ورقة عمل مقدمة لندوة العقبة السبت 2003/10/4 http://www.lac.com.jo.

3- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 597.

4- خليفة ، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ص 117.

يتضح مما تقدم أن مبدأ سلطان الإرادة الذي بموجبه يستطيع الفرقاء إختيـار القواعد التي تحكم منازعاتهم المحتملة منذ لحظة التعاقد، بموجبه أيـضاً يـستطيع الفرقاء تعديل القانون الذي سبق إختياره مع مراعاة حقوق الغير.

ولعل هذه المرونة في وقت تحديد الإرادة قد ساعدت على إستقرار وإضطراد مبدأ إستقلال الإرادة، ما جعله محوراً تدور حوله معظم مواد الإتفاقيـات الدوليـة المتعلقة بالتحكيم، وتنص عليه غالبية التشريعات الوطنية ولوائح مراكـز وهيئـات التحكيم الدولية وهو ما سنتناوله فيما يلي.

3.1.1 موقف الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من قانون الإرادة

1.3.1.1 الإتفاقيات الدولية

سعت الإتفاقيات الدولية إلى تثبيت مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع الناتج عن العلاقة التعاقدية الناشئة بيـنهم، فجـاءت إتفاقيـة نيويورك لعام 1958 لتؤكد هذا المبدأ فنصت المادة 1/5 منها على انه " للأطـراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق فيما يتعلق بصحة اتفاقية التحكـيم وإجراءاتـه وتسوية النزاع" وهذا ما أكدته أيضا الإتفاقية الأوروبية في التحكيم التجاري الدولي لعام 1961في المادة 1/7 بقولها: " للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه في موضوع النزاع".

وكذلك نص المادة 2 من اتفاقية روما الموقعة بين دول المجموعة الاقتـصادية الأوروبية في 1980/6/19 والتي جاء فيها انه " ... يـسري علـى الالتزامـات التعاقدية القانون واجب التطبيق المختار بمعرفة الأطراف"[(1)].

واستقر هذا المبدأ أيضا في القانون النموذجي للأمم المتحدة لسنة 1985 فـي المادة 28 منه بقولها :

" 1. تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارهـا الطرفـان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع.

1- مشار إليه في خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجـب التطبيـق علـى موضـوع النزاع، ص118.

2. إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق".

كذلك تجسد هذا المبدأ في المادة 21 من الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 [1]، بقولها: "

1. تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي إتفق عليه الطرفان صراحةً أو ضمناً إن وجد، وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة.
2. على الهيئة أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا إتفق الطرفان صراحةً على ذلك".

يظهر جلياً إذاً أن مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد تم تكريسه في معظم الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الناظمة للتحكيم[2]، تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

2.3.1.1 التشريعات الوطنية

كما سبق أن بينا، فإن المشرع الأردني قد تبنى مبدأ سلطان الإرادة، ونص عليه في المادة 36/أ من قانون التحكيم بقوله:

1- وتعرف بإتفاقية عمان للتحكيم التجاري، وهي أول إتفاقية عربية تعنى بشؤون التحكيم التجاري. انظر تفصيلاً في هذا الموضوع: سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص 86 وما بعدها/ الجبران، صادق محمد محمد، 2006، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987: بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

2- أنظر المادة 1/7 من إتفاقية جنيف لسنة 1961 للتحكيم التجاري، والمادة 1/13 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، والمادة 42/أ من إتفاقية واشنطن لعام 1965 والخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى، والمادة 3/13 من لائحة محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس.

" تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفـق عليهـا الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعد الموضـوعية فيـه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين"[1]. وهو نفس المبدأ الذي أقره المشرع اللبناني في المادة 813 من قانون أصول المحاكمات المدنية، بقوله:

" – يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي إختارها الخـصوم وإلا فوفقاً للقواعد التي يراها مناسبة وهو يعتد في جميـع هـذه الأحـوال بـالأعراف التجارية.

- وهو يفصل في النزاع كمحكم مطلق إذا حددت إتفاقية الخصوم مهمته علـى هذا الوجه."

كذلك تأكد هذا المبدأ في المادة 198 من قانون المرافعات القطـري بقولهـا:" يصدر المحكمين حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات المنصوص عليها في هذا القانون عدا ما نص عليه في هذا الباب فيكون حكمهم على مقتضى قواعد القـانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح وبشرط عدم مخالفة قواعد النظام العام والآداب وإذا تم الإتفاق على التحكيم في قطر كانت قوانين دولة قطر هي واجبة التطبيـق علـى عناصر المنازعة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

كذلك المادة 451 من قانون التحكيم الجزائري التي تقضي بـ :

" ... ويفصل المحكمون والمحكم المرجح في التحكيم وفقاً للقواعد القانونيـة إلا إذا كان إتفاق التحكيم خول لهم سلطة حسم النزاع كمحكمين مفوضين في الـصلح". وهذا ما اقره المشرع الفرنسي في نص المادة 1496 من قانون المرافعات المدنيـة

1- تكاد تطابقها المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، والمادة 1/39 من قانون التحكيم العماني لسنة 1997، والمادة 43 من مشروع القانون الإتحـادي الإمـارتي لـسنة 2006 في شأن المنازعات التجارية، والمادة 1/38 من قانون التحكيم السوري لسنة 2008.

الجديد الذي يقضي بأن " يحسم المحكم النزاع وفقاً لقواعد القـانون الـذي إختـاره الأطراف"[1].

إذاً من استقراء أحكام القوانين الوطنية المختلفة، نخلص إلى القـول أن ثمـة إتجاه عام يلزم القاضي بتطبيق القانون الذي يتفق عليه الطـرفين أو يتبـين مـن الظروف أنه هو المراد تطبيقه، فقد حرصت غالبية النظم القانونية علـى إحتـرام إرادة المحتكمين فيما يتعلق بإختيار القواعد القانونية التي تحكم موضـوع النـزاع، وإعمالها سواء كانت صريحة أو ضمنية، ما دامت لا تخالف النظام العام في الدولة المختصة، وطالما لم يكن الإختيار مشوباً بالغش نحو القـانون الـذي كـان مـن المفروض أن يحكم النزاع[2].

فإتفاق التحكيم يخضع لنفس القواعد التي تخضع لها الإتفاقات بشكل عام، مع بعض الفوارق التي تعكس خصوصيته، ويظهر هذا الأمر جلياً من خلال طريقتـي تعيين القانون الواجب التطبيق :

الطريقة الأولى: الطريقة الكلاسيكية أو التقليدية

ومؤداها تعيين القانون الواجب التطبيق بصورة غير مباشرة بعد إعمال قاعدة النزاع، وقاعدة النزاع التي ترعى إتفاق التحكيم هي القاعدة التي تنص على تطبيق القانون الذي إختاره الفريقان.

وعلى القاضي أن يحترم اختيار الفرقاء بصورة صريحة للقـانون الواجـب تطبيقه على اتفاق التحكيم، وإن مخالفته لهذا الإختيار تعـرض قـراره للفـسخ أو للنقض، لأن هذه المخالفة تشكّل مخالفة لقاعدة قانونية مفروضة عليه، وهي قاعـدة النزاع.

أما في الحالة التي يختار فيها الفريقان بصورة صـريحة القـانون الواجـب التطبيق، فتثور مسألة تعيين هذا القانون، وفي هذه الحالة يلجأ القاضي إلى عمليـة

1- أنظر المادة 2/182 من قانون المرافعات الكويتي لسنة 1980 والمادة 1/187 من القـانون السويسري. مشار إليه في : عناني، وليد، 2003، محاضرات في التحكيم، الطبعة الأولـى، المكتبة القانونية، دمشق، ص20-22.

2- الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ص135.

(توطين العقد) أو إيجاد القانون الذي تربطه بالعقد العلاقات الأكثـر وثوقـاً [1] أي إختيار أي من عناصر العقد تعتبر أساسية في تحديد النظام القانوني الذي يحكم العقد من بين الأنظمة القانونية التي ترتبط به، على أن يتولى القاضي ابتـداء مـن هـذا التوطين تحديد القانون الواجب التطبيق، مع ما يترتب على ذلك من ضرورة وجود رابطة بين العقد والقانون الذي يختاره أطراف النزاع[2].

ويلاحظ أن عملية التركيز أو التوطين تواجه صعوبة في مجـال التحكـيم لا وجود لها في مجال قضاء الدولة، ففي التحكيم لا يقتصر الأمر على العلاقة الأصلية محل النزاع، وإنما تضاف إليها علاقة أخرى هي العلاقة الناشئة عن إتفاق التحكيم ذاته، وهي علاقة تستقل عن العلاقة الأصلية محل النزاع المحكم فيه[3].

الطريقة الثانية: خضوع العقد إلى قاعدة مادية تطبق بصورة مباشرة دون تطبيق قاعدة النزاع

صدر عن الإجتهاد الفرنسي في أواخر الثمانيات وأوائل التـسعينات عـدة قرارات قضت بإخضاع إتفاق التحكيم إلى قاعدة مادية تطبق بصورة مباشـرة دون المرور بقاعدة النزاع، وهذه القرارات تكرس إستقلالية إتفاق التحكيم بالنسبة للعقـد الأساسي، وتكرس إستقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة لقانون دولـة مـا، بمعنـى أنـه بالإمكان تقدير وجود وصحة الإتفاق التحكيمي استناداً إلى إرادة الفريقين المشتركة

1- شاهين، القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم، ص 229. ومن هذه العناصـر التـي تسمح بربط العقد بهذا القانون: مكان إنشاء العقد، مكان تنفيذ العقد، موطن الفرقاء...الـخ، كما سبق وأن بينا.

2- بينما في التحكيم الدولي يطبق المحكم القانون الذي إختاره الفرقاء بغض النظر عن أية صلة بينه وبين العقد محل النزاع . الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصـة الدوليـة والداخلية نبذة 164، ص 249.

3- نقلاً عن الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخليـة، نبـذة158، ص 240.

دون حاجة إلى الرجوع إلى قانون دولة معينة. كما أن هذه القرارات تهـدف إلـى إعطاء أكبر فرصة ممكنة للإبقاء على صحة الإتفاق التحكيمي[1].

والرأي الراجح فقهاً في الأساس الذي تستند إليه هذه الحرية المطلقـة فـي إختيار القانون الموضوعي هو أن مرجعها ليس قاعدة مـن قواعـد الإسـناد، لأن المحكم في المنازعات الدولية- خلافاً للقاضي- لا يخضع لقـانون أو آخـر مـن القوانين الوطنية، وإنما يخضع لإرادة الطرفين وحدهما ويستمد ولايته منهما.

2.1 القانون الذي يرى المحكم أنه الأكثر إتصالاً بموضوع النزاع

بحثنا فيما سبق موضوع قانون الإرادة بوصفه مصدراً من مصادر القواعـد الموضوعية الواجبة التطبيق على أساس النزاع، ورأينا أنه إذا اتفق الطرفان علـى القانون أو قواعد القانون التي وقع اختيارهما عليها لتحكم موضوع النزاع، وجـب على المحكم التقيد بذلك القانون أو بقواعده. غير أن المحكم يتحرر من هذا القيد إذا لم يوجد بين الفرقاء إتفاق صريح أو ضمني في هذا الشأن، حيـث يمكنـه حينئـذٍ إختيار القانون الأكثر إتصالاً بموضوع النزاع، ودون أن يلتزم بالضرورة بتطبيـق المؤشرات التقليدية المستخدمة في تفسير الإرادة الضمنية للطرفين[2].

وسنبحث فيما يلي دور هيئة التحكيم في إختيار القانون الموضـوعي علـى ضوء نص المادة 36/ب من قانون التحكيم الأردني، ومناط الحاجة إلى الإختيـار وطبيعته، ومن ثم تباين سلطة هيئة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في مجال العلاقات الوطنية، عنه في قواعد وأنظمة التحكيم الدولية.

1- أنظر في نقد هذه القرارات: شاهين، القـانون الواجـب التطبيـق علـى إتفـاق التحكـيم، ص231-234.

2- المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص354.

1.2.1 دور هيئة التحكيم في شأن إختيار القانون الموضوعي[1]

عرضت الفقرتان الثانية والرابعة من المادة 36 من قانون التحكيم لحالة عدم إتفاق الطرفين – الصريح أوالضمني – على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، وقد خولت الفقرة الثانية هيئة التحكيم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الـذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، وفي الفقرة الرابعة تخويلها الفـصل بـالنزاع دون التقيد بأحكام القانون، إذا اتفق الفرقاء صراحةً على تفويضها بالصلح.

إن حرية المحكم تتسع بمقدار سكوت الطرفين عن بيان القـانون أو قواعـد القانون التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع، وإن تحديد هذا القـانون أو تلـك القواعد إنما هو مسألة تدخل في صميم السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، فقـد تـراه القانون الذي يتصل بجنسية الطرفين، أو قانون الدولة التي يجري التحكـيم علـى أرضها، أو قانون الدولة التي سينفذ الحكم على أرضها أو القانون الـذي إتجهـت إرادة أطراف النزاع طبقاً لظروف التعاقد وملابساته على أن يكون هو القانون الذي يحكم النزاع، أو اختيارهم لذات القانون الذي يطبق على قواعد الإجـراءات، إلـى غير ذلك من المؤشرات الخاصة التي تحاول هيئة التحكيم إستظهارها لتساعدها في إختيار القانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع[2].

وكما بينا سابقاً، فإن المحكم لا يتقيد بقانون القاضي، ومن ثم لا يتقيد بالحـل الذي تؤدي إليه قاعدة الإسناد في قانون الأخير، بل يكون المحكم حراً في إختيـار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع- طالما لم توجد إرادة للطرفين بشأنه صريحةً كانت أو ضمنيةً- شريطة أن يكون هذا القانون هو الأكثر ملائمةً لموضوع النزاع.

1- أنظر في دور هيئة التحكيم في إختيار القانون الإجرائي : والي، قانون التحكيم في النظريـة والتطبيق، نبذة155، ص 298 وما بعدها/ العوا، دراسات في قـانون التحكـيم المـصري والمقارن، نبذة14، ص 105 وما بعدها/ الجمال وعبدالعال، التحكيم في العلاقات الخاصـة الدولية والداخلية، ص 217 وما بعدها.

2- رضوان، أبو زيد، 1981، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربـي، نبذة81، ص136 وما بعدها.

ويقع على عاتق المحكم التحقق من صحة إختيار الفرقاء لقانون العقد، ومدى تطابق ذلك مع القواعد الملازمة للقانون، مثل قانون مكان إبـرام أو تنفيـذ العقـد، والمسائل الأخرى التي تتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص، فالأمر يصبح في غاية الصعوبة عند عدم تعيين قواعد تنازع القوانين التي تطبق على النزاع[1].

ويلاحظ أنه إذا جاز للأطراف الإتفاق على تطبيق نظـام قـانوني معـين، كالإتفاق على تطبيق الشريعة الاسلامية أو القانون الأردني أو المصري، فإنه ليس لهم الإتفاق على تطبيق نصوص معينة في هذا القـانون يلزمـون هيئـة التحكـيم بتطبيقها في غير الأحوال التي تنطبق فيها.

وإذا كانت المادة 36/أ تقضي بتطبيق هيئة التحكيم على موضـوع النـزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، فليس معنى ذلك التزام هيئة التحكيم في تطبيـق قاعدة قانونية إتفق عليها الطرفان لا تنطبق على النزاع. فتكييف الوقائع القانونيـة وإختيار القاعدة القانونية واجبة التطبيق على الواقعة هي مهمة المحكم وليس مهمـة الأطراف، وإنما يكون للأطراف فقط الإتفاق على قانون معين أو على نظام قانوني معين، أو على مجموعة قواعد معينة كقواعد العرف أو قواعد العدالة[2] .

وقد أحسن المشرع الأردني والمصري كذلك في وضـع ضـوابط للـسلطة التقديرية لهيئة التحكيم عند إختيارها لقانون ما لحكم موضـوع النـزاع، حتـى لا تتحول سلطتها التقديرية إلى سلطة مطلقة بدون قيد، فجاء الـنص علـى وجـوب مراعاة هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع لشروط العقد محـل النـزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة[3].

والتعبير الذي جاءت به الفقرة (ب) من المادة 36 من جهـة تطبيـق هيئـة التحكيم للقواعد الموضوعية في القانون الأكثر إتصالا بموضوع النزاع، يفترض أن أمام هيئة التحكيم أكثر من قانون يمكن لها أن تختار من بينها القانون الذي تطبقـه على الموضوع المعروض عليها، أي أن النص يفترض قيام تنـازع بـين قـوانين

1- الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ص137.

2- نقلاً عن والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 243، ص421-422.

3- الفقرة (ج) من المادة 36 تحكيم أردني، تقابلها الفقرة الثالثة من المادة 39 تحكيم مصري.

تتصل بالعلاقة محل النزاع بصورة أو بأخرى[1]، الأمر الذي يوجب علـى هيئـة التحكيم ترجيح واحد من هذه الإختيارات لتفصل في النزاع على أسـاس القـانون الأكثر إتصالاً بموضوعه[2].

ورغم أن النص يلزم المحكم بإختيار القواعد الموضوعية الأكثـر إتـصالاً بموضوع النزاع، فإن المحكم قد يجد أن سبيله إلى ذلك هو تطبيق القـانون الـذي تؤدي إليه قواعد التنازع في الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو قانون الدولة التـي كان سيطبق قاضيها قواعد التنازع السارية فيها إذ عرض عليه النزاع، والمحكم إذ يلجأ إلى هذه الوسيلة لا يعلن سوى ما انتهى إليه من نتائج، فيعلن تطبيـق القـانون الذي أدت إليه هذه القواعد، باعتباره القانون الذي رآه الأكثر اتصالاً بالموضوع[3].

ومعيار الإختيار الذي تعتمد عليه هيئة التحكيم في إختيار القانون الذي يحكم النزاع قد يكون مركز الثقل في العلاقة محل النزاع، فهذا المركز هو الـذي يحـدد أكثر القوانين المتنازعة إتصالاً بهذا المحل[4]، وقد تلجأ هيئة التحكيم في سبيل تحديد هذا القانون إلى إجراء تركيز موضوعي للعلاقة محل النزاع وفقـاً لأحـد معـايير التركيز، كمكان إنعقاد العقد، محل التنفيذ، وفكرة الأداء المميز بما تقدمه من معايير موضوعية أو مادية لتحديد القانون الواجب التطبيق[5].

2.2.1 مناط الحاجة إلى الإختيار وطبيعته

قدمنا أنه من غير المستبعد ألاّ يتفق الفرقاء على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، وأن صمتهم عن تسمية هذه القواعد غالباً ما يعزى إلى جهلهـم بأهميـة المسألة وعدم تفكيرهم بها إطلاقاً عند الإتفاق على التحكيم، أو تفكيرهم فيها وتـرك مناقشتها إلى وقت آخر أو إحالتها إلى هيئة التحكيم للفصل فيها لاحقاً.

1- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة182، ص 273.

2- العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، نبذة83، ص 140.

3- نقلاً عن: البريري، التحكيم التجاري الدولي، نبذة83، ص 140.

4- عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، نبذة142، ص164.

5- قارن العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، نبذة28، ص241 وما بعدها.

وقد يرجع عدم الإتفاق إلى إختلاف الفرقاء بشأن هذه القواعد الموضـوعية، والأصل وفقاً للقواعد العامة أن إنعقاد عقد التحكيم ذاته يتوقف علـى مـا قـصده الطرفان، فقد يتبين أنهما قصدا عدم إنعقاده قبل الوصول إلـى إتفـاق بـشأنها (أي القواعد الموضوعية)، وقد يتبين أنهما قصدا إنعقاده على الرغم من عـدم إتفاقهمـا عليها[1]، لكن مما يجدر ملاحظته في هذا المقام أن عقد التحكيم عقد شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة، فإذا لم تتوفر الكتابة فلا مجال للتحكيم أصلاً[2].

ومن متن الفقرة الثانية من المادة 36 والتي تنص على تطبيق هيئة التحكـيم للقواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع عند عدم إتفاق الفرقاء على القواعد الموضوعية واجبة التطبيق[3]، يتضح أن سلطة هيئة التحكـيم في إختيار القانون واجب التطبيق لها الطابع الإحتياطي، فلا تمارس هذه الـسلطة، إلا عند غياب إتفاق الخصوم على تعيين القانون واجب التطبيق، وهي في ممارستها تتقيد بأية قيود يتفق عليها الفرقاء في الحدود التي لا تتعارض مع القواعد الآمـرة، أي مع قواعد النظام العام في الدولة[4].

1- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة181، ص272.

2- أنظر المادة10/ أ من قانون التحكيم الأردني والتي تنص على أنه " يجب أن يكـون اتفـاق التحكيم مكتوباً وإلاّ كان باطلاً...". تقابلها المادة 8 من قانون التحكيم السوري، والمـادة 12 من قانون التحكيم المصري، والمادة 12 من قانون التحكيم العمـاني، والمـادة 763 مـن القانون اللبناني.

3- تقابلها المادة 2/39 تحكيم مصري. كما نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنـسي على أنه" يفصل المحكم النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي إختارهـا الأطـراف، وإلاّ وفقـاً للقواعد التي يراها مناسبة، ويأخذ بعين الإعتبار الأعراف التجارية في جميـع الأحـوال". يتضح من صياغة النص الفرنسي أنه يتعلق بإختيار قواعد مناسبة بـصرف النظـر عـن إنتسابها لقانون معين، أما في النصين الأردني والمـصري فالإختيـار ينحـصر بالقواعـد المقررة في القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع. مشار إليه في: الجمال وعبد العال، التحكيم فـي العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، هامش رقم 1 ص273.

4- الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ص136.

ويلاحظ أن المشرع الأردني قد أعطى الصلاحية لهيئـة التحكـيم لإختيـار القانون الأكثر إتصالاً بالنزاع دون تحديد ضوابط لهذا الإتصال أو الملائمة ، تاركاً الأمر لمطلق حرية المحكم لما يراه أنسب للنزاع، وبالطبع فإن القـانون الأنـسب سيختلف بإختلاف ظروف النزاع، وبالتـالي فـإن المعيـار موضـوعي ولـيس شخصي[1].

وأياً يكن الأمر، فإن إختيار هيئة التحكيم للقانون الواجب التطبيق في حالـة تخلّف إتفاق الطرفين، إنما هو إختيار له بصفته قانوناً حاكماً لعلاقة الطرفين، وليس اختياراً مادياً للقواعد الموضوعية في هذا القانون، كما هو الحـال عنـدما يختـار الطرفان بنفسيهما قانوناً معيناً للتطبيق، فالطرفان وحدهما هما اللذان يملكان إختيار مادة القواعد التي تحكم علاقتهما، بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة – كما سبق أن بينّـا – أما هيئة التحكيم فلا تملك سوى سلطة إسناد العلاقة لقانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها[2].

فالفرض هنا أن ثمة تنازع بـين قـوانين conflict of law تتـصل بالعلاقـة موضوع النزاع بصلة أو بأخرى، ويتعين على هيئـة التحكـيم تطبيـق القواعـد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع، وفقاً لما فوضتها بـه الفقرة (ب) من المادة 36. وأمام مرونة هذا النص، فقد يجد المحكـم أن القـانون الأكثر إتصالاً بالنزاع هو قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيـذه أو قـانون بلـد المصدر أو المستورد...الخ. وهنا يتضح لدينا الفرق ما بين حالـة تـرك إختيـار القانون الموضوعي للفرقاء، وحالة تصدي هيئة التحكيم إلى ذلك، ففي الأولـى لـم يقيد المشرع هذه الإرادة بأي قيد، مما يجعل من المتصور إختيـار قـانون منبـت الصلة بكل نواحي النزاع، ولا يتصل بجنسية الأطراف، أو محل إبرام أو تنفيذ العقد أو مكان التحكيم، إذ مع إطلاق النص لا يوجد ما يلزم الأطراف بإختيار قانون لـه

1- الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، ص137.

2- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة182، ص272.

صلة بموضوع النزاع؛ ولا يمكن نعي هذا المسك عليهم. أما في الحالـة الثانيـة، فتلتزم هيئة التحكيم بإختيار القانون الموضوعي الأكثر اتصالاً بالنزاع[1].

3.2.1 تباين سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع عنـد عدم إتفاق الأطراف في مجال العلاقات الوطنية عنه في قواعد وأنظمـة التحكـيم الدولية

تنص المادة 36 في الفقرة ب منها أنه" إذا لم يتفق الطرفـان علـى القواعـد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النـزاع طبقـت هيئـة التحكـيم القواعـد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع" ، فيما تـنص الفقـرة الثانية من المادة 28 من القانون النموذجي على أنه إذا لم يعين الطرفان أية قواعـد لتحكم النزاع، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنـازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق "The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute" ونفس الحكـم ورد فـي المادة 1/33 من قواعد اليونسترال، والمادة 1/33 مـن لائحـة مركـز القـاهرة الإقليمي.

فالحكم الذي جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لا يعطي لهيئة التحكيم سلطة إختيار القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتـصالاً

1- وبالرغم من خضوع الإختيار لتقدير هيئة التحكيم، إلا أنه يمكن إثبات إنحرافهـا فـي هـذا الإختيار، كما لو إختارت قانوناً لا تربطه بالنزاع أي صلة، أو فضلت تطبيق قانون علـى آخر رغم أن القانون المفضول هو الأكثر اتصالاً بالنزاع. والملفت للنظر أنه لا معقّب على هذا الإختيار من جهة إمكانية الطعن فيه تأسيساً على إنحراف أو تعسف الهيئة في إختيـار القانون الموضوعي للتطبيق على النزاع، لكون أسباب البطلان واردة حـصراً فـــي المادة 49، وليس من بينها مثل هذه الحالة. أنظر البريـري، التحكـيم التجـاري الـدولي، نبذة82، ص 139. وسنأتي للحديث عن ذلك تفصيلاً في الفصل الثالث من هذه الرسالة.

بالنزاع، وإنما سلطتها مقيدة في هذا الشأن بتطبيق القانون الذي تسفر مراعاة شروط العقد والعادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري لتطبيقه على المعاملة[1] .

ويتضح من المقابلة بين النصين أن المحكـم فـي ظـل القـانونين الأردنـي والمصري يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، فهو يختار القانون الذي يقـدر أنـه أكثـر إتصالاً بالنزاع، بينما نجده ملزماً بتطبيق القانون الذي تفضي إليه قواعد التنازع في القانون الذي يرى إمكان تطبيقه على النزاع وفقاً لنص القانون النموذجي[2].

ولا بد هنا من ملاحظة إنتفاء الإختيار في مجال العلاقات الوطنية، فإذا كانـت العلاقة محل النزاع علاقة وطنية في كافة عناصرها، فلا يكون هناك مجـالاً أمـام هيئة التحكيم لتطبيق قانون أجنبي عليها، وإنما يتعين عليهـا بالـضرورة تطبيـق القواعد الموضوعية في القانون الوطني، وسلطتها في ذلك تختلف عن سلطة طرفي النزاع، ومرجع ذلك أن مثل هذه العلاقة لا تثير تنازعاً بين القوانين، ولـيس لهـا إتصال بقانون ما غير القانون الوطني[3].

ويرى البريري أن حرية المحكمين وفقا للفقرة الثانية من المادة 39 محـدودة بإختيار " القانون" الأكثر إتصالا بالنزاع، وهذا ينصرف بالـضرورة إلـى قـانون وطني، سواء كان القانون المصري أو سواه، ولا يرى إمكانية إختيار المحكمين لما

---

1 - صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكـيم الدوليـة، نبـذة166، ص211.

2- البريري، التحكيم التجاري الدولي، نبذة82، ص 138 وما بعدها. ويقرر بعض الفقـه أنـه طالما لم يختر الطرفان قواعد القانون التي تحكم النزاع، فإن المحكم يتمتع بحرية كاملـة في الفصل فيه طبقاً لقواعد القانون التي يراها هو ملائمة لهذا الموضوع، وهذه الحريـة يرد عليها قيدان: الأول ضرورة مراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة، والثاني الإمتناع عن تطبيق قواعد تتعارض مـع النظـام العـام. أنظـر المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص355-356، والمراجع المشار إليها فيه.

3- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة183، ص273.

يسمى بقانون التجار Law Merchant أو باللاّتينيـة Lex Meracatoria بإعتبـاره القانون الأكثر إتصالاً بالنزاع[1].

وبذلك يتضح الفارق كما قلنا بين حالة إختيار هيئة التحكيم وحالة ترك الأمـر لإرادة الأطراف، حيث لم يقيد المشرع في الحالة الأخيرة هذه الإرادة بأي قيد، ولا يمكن نعي هذا المسلك عليهم، إلا إذا ثبت وجود غش نحو القانون[2]، ورغبة فـي الألتفاف حول القواعد الآمرة المقصود بها حماية المصلحة العامة في الدول التـي كان ينبغي تطبيق قانونها وفقاً للمجرى العادي الذي تقتضيه ظـروف وملابـسات النزاع[3].

وتأسيساً على ما سبق، فلا يكون لهيئة التحكيم تطبيق القواعد المعمول بها في مجال التجارة الدولية على العلاقات الوطنية الخالصة، إذا كانت هذه القواعد تخالف أحكام القانون الوطني، فما دام على هيئة التحكيم أن تعتمد القانون الوطني وحـده بالنسبة للعلاقات الداخلية، فإنه يكون عليها إتباع المصادر المعترف بها فـي هـذا القانون، والإلتزام بالترتيب المقرر لها فيه[4].

واستطراداً لهذا المعنى، يجب ألاّ يتم إختيار القانون الوطني بطريقة عـشوائية فليس من الضروري أن يكون قانون أحد الأطراف هو القانون الأكثر مناسبةً لحـل النزاع، ولا القوانين التي إشتهرت بالحداثة والتحررية، فإختيار قانون قابل للتطبيق

1- فما يعرف بقانون التجارة الدولية International Trade Law -كمـا سـيجيء – هـو مجموعة من القواعد والأعراف المنقطعة الصلة بأي قانون وطني، وهـو عبـارة عـن مصدر إستئناسي للمحكم بجانب القانون الذي إختاره، ومن ثم لا يقبل بحسب وجهة النظر هذه تحويل المصدر الإستئناسي ليصبح هو القانون الذي ترى الهيئة أنه الأكثـر اتـصالاً بالنزاع. البريري، التحكيم التجاري الدولي، نبـذة 84، ص 141-143.أنظـر أيـضاً: Giuditta Cordero MOSS, 2008, International Arbitration and the Quest for the Applicable law, Global Jurist, vol,8, issue3,Article 2,p.4

2- سنتناول هذا الموضوع في الفصل الثاني من هذه الرسالة عند الحديث عن القيود التي تـرد على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

3- البريري، التحكيم التجاري الدولي، نبذة82، ص 138-139.

4- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة183، ص274.

على موضوع النزاع يجب أن يكون عن معرفة ودراسة متأنية لمضمونه ونتائجـه التي يمكن أن يقتضيها تطبيقه بالنسبة لكلا الطرفين[1].

نخلص إلى القول إذاً أن المجال الحقيقي لممارسة هيئة التحكيم سـلطتها لـدى تخلف إتفاق الطرفين على القواعد الموضوعية هو العلاقات الدوليـة وحـدها دون العلاقات الداخلية، فعدم وجود إتفاق للطرفين حول القانون أو قواعد القانون التـي تطبق على النزاع، أتاح للمحكم طبقاً للإتفاقيات والأنظمة الدوليـة حريـة إختيـار قواعد الإسناد التي يراها ملائمة لموضوع النزاع، إضافةً إلى القواعد المعمول بها في التجارة الدولية إذا ارتأى أنها أكثر أتصالاً بالنزاع، كعقد نموذجي خاص بسلعة معينة في السوق الدولي أو مبدأ أو عادة جرى التعامل فيها[2].

3.1 الشروط العقدية والأعراف والعادات التجارية

سنتناول فيما يلي المصدر الثالث من مصادر القواعد الموضـوعية الواجبـة التطبيق على أساس النزاع، هذا المصدر يتمثل في الـشروط العقديـة والأعـراف والعادات التجارية الجارية، الوطنية منها والدولية، وسنبحث فـي أهميتهـا لحكـم المنازعات الناشئة عن العقود على صعيد التجارة الوطنية والتجارة الدولية.

وعلى الرغم من أن تطبيق المحكم للقواعد المستمدة من هذه المصادر لا يحتاج إلى نص يقرره، إلاّ أن بعض القوانين الوطنية والاتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري

1- عبد القادر، إتفاق التحكيم والموضوعات التي يجب أن يشملها، ص241. لهذا يوصف قانون التجارة الدولي بأنه قانون مهني Professional Law تكون خارج الدول، لينظم علاقـات المجتمع الدولي للتجارInternational Merchants Community وذلك بعـد أن ثبـت عجز أو عدم ملائمة القوانين الوطنية للعلاقات التجارية الدولية، وأصبحت العقود الدوليـة هي الأداة الفنية الوحيدة لتبادل الثروات عبر الحدود، فتنوعت أنماط هـذه العقـود وتعقّـد تركيبها بصورة لم تعرف لها القوانين الوطنية مثيلاً. نقلاً عن الطراونـة، مـصلح أحمـد، 2000، قانون التجارة الدولي، دار رند للنشر والتوزيع، الكرك، ص 12.

2- " Therefore, arbitrators', courts and legislatures should adopt and follow rules that require respect for party autonomy in domestic commercial arbitration, just as is done in international commercial arbitration". Buys, p.96.

الدولي قد عنيت بالنص على ضرورة مراعاة المحكم لتلك القواعد فيما تصدره من أحكام تحكيميه.

1.3.1 الشروط العقدية Provisions

أوجبت الفقرة (ج) من المادة 36 على هيئة التحكيم عند الفصل في موضـوع النزاع، ضرورة مراعاة شروط العقد محل النزاع [1]، والأعراف الجارية في نـوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين. والواقع أن هـذا النص تزيد من المشرع، لأن المقرر قانوناً أن العقد شريعة المتعاقـدين، ووجـوب إحترامه ليس بحاجة إلى التأكيد عليه بنص في القانون، فهذا الوجوب موجـه إلـى هيئة التحكيم بالقدر نفسه الذي يوجه به إلى أطراف العقد، ثم أن العرف مصدر من مصادر القانون[2]، سواء إتفق الأطراف على الرجوع إليه أم لم يتفقوا، وبالتالي فهو الآخر لم يكن بحاجة إلى تأكيد جديد عليه.

وكما قدمنا، فإن النص على وجوب مراعاة شروط العقد محـل النـزاع هـو تطبيق لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. فالعقد هو الذي يحدد حقـوق وإلتزامـات الأطراف، ويعتبر ما يتضمنه العقد مكملاً لأحكام القانون واجب التطبيق ما دام ليس مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة.

وعلى ذلك(يجب) على هيئة التحكيم مراعاة شروط العقد موضوع النـزاع، سواء كان الأطراف قد إتفقوا على قواعد قانونية تنطبق على موضوع النزاع أم لم يتفقوا، فالإتفاق على قواعد معينة وفقاً للمادة 36/أ يقصد به الإتفاق علـى تطبيـق

1- ومثال هذه الشروط العقدية إتفاق الأطراف على سعر الفائدة القانونية، أو اتفاقهم على تحديد غرامة تأخير في ظروف معينة، أو إتفاقهم على الإعفاء من المسؤولية عن الخطـأ غيـر العمدي، وغير ذلك من الشروط التي لا تخالف النظام العام أو نصاً آمراً.

2- أنظر العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، هـامش 137، ص 116-117 والمراجع المشار إليها فيه.

قواعد قانونية عامة على موضوع النزاع، أما شروط العقد فالمقصود بها الشروط الخاصة بموضوع النزاع والتي يتضمنها هذا العقد. [1]

فيما تنص المادة 1474 من قانون المرافعات الفرنسي على أن" يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون" وهو ذات النص في المادة 2/182 من قانون المرافعات الكويتي بقولها" يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون"، و بالرغم من عدم الإشارة في هذين النصين إلى ضرورة مراعاة المحكم لشروط العقد مثار النزاع أو الأعراف والعادات التجارية الجارية عند الفصل في موضوع النزاع، إلاّ أن المحكم يتقيد بهذا الواجب، لأن قواعد القانون المشار إليها لا تشمل القواعد التشريعية وحسب، وإنما تشمل كذلك اتفاقات الطرفين التي لا تتعارض مع النظام العام وحسن الآداب، والأعراف والعادات التجارية الجارية بإعتبارها مصدراً من مصادر القاعدة القانونية[2].

إذاً يتعين على هيئة التحكيم عند تحديدها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أن تدخل الشروط الموضوعية للعقد محل النزاع، والتي تحدد حقوق والتزامات كل طرف ومدى صحة أو بطلان العقد، وإمكانية ضمان العيوب الخفية في محل العقد، ومكان التسليم، والمواصفات والتعويض عن التأخير أو التلف، إلى غير ذلك من المسائل التي ينظمها العقد محل المنازعات المعروضة على هيئة التحكيم. [3]

1- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 245، ص 423.

2- ولكن في المقابل، نصت المادة 1496 مرافعات فرنسي على أنه يجب على المحكم سواء كان مقيداً بالقانون أو مفوضاص بالصلح، مراعاة العادات التجارية، فإذا كان هذا هو موقف المشرع الفرنسي من ضرورة مراعاة المحكم للعادات التجارية، فإنه يكون قد أوجب على المحكم مراعاة الشروط العقدية والأعراف التجارية الجارية من باب أولى، لأنها مقدمة على العادات التجارية في المرتبة من حيث القوة القانونية. المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص 360-361.

3- صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، نبذة 165، ص 210.

2.3.1 الأعراف المحلية Domestic Customs

يلاحظ جانب من الفقه المصري على نص الفقرة الثالثة من المادة 39/ تحكيم مصري أنه لم يوجب على هيئة التحكيم تطبيق الأعراف الجارية، وإنما أوجب عليها مراعاة هذه الأعراف فقط، فالنص إستعمل التعبير نفسه فيما يتعلق بشروط العقد، والإتفاق قائم على وجوب تطبيق هذه الشروط؛ وكون العرف يأتي تالياً للتشريع في منظومة القواعد القانونية من ناحية، وعدم إتفاق الأطراف عليه من ناحية ثانية، فإن ذلك لا يخرجه من نطاق ما يجب تطبيقه في دوره، ودرجته التي يستحقها في مدارج القاعدة القانونية[1].

فالعرف يعد من أقدم المصادر التاريخية للقانون وأقدمها نشوءاً، فقد سبق التشريع والدستور واللوائح، وإن كان قد فقد تلك الأهمية تدريجياً بسبب إدراج القواعد العرفية في شكل تشريعات مكتوبة.

والعرف هو – كما نعلم – قاعدة درج الناس على إتباعها وتواتر العمل بها في مسألة معينة تواتراً يمليه الإعتقاد بضرورة إحترامها والإلتزام بها بغير نص في العقد أو القانون، ولكي يحوز العرف القوة الملزمة لا بد من توافر عنصرين، أحدهما العنصر المادي، وهو تكرار السلوك في شأن معين، والآخر معنوي، وهو الشعور بوجوب الإلتزام بالقاعدة العرفية.

لذا لا يتوقف إعمال القاعدة العرفية على إتجاه إرادة المتعاقدين إلى العمل بمقتضاها، ولا يجوز لأحد الإعتذار بجهله لها لأنها والقانون سواء، من حيث القوة الملزمة، وعلى من يدعي وجود العرف إثبات ما يدعيه[2].

1- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند246، ص 424. ويرى المصري أن على المحكم عند غياب قاعدة تشريعية كانت أو عرفية لتطبيقها على موضوع النزاع، أن يراعي العادات التجارية الجارية، بل يرى أن ذلك واجب عليه، حتى لا يقع في مأزق إنكار العدالة. المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص361.

2- المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص 393. وعكس هذا الرأي يذهب إلى أن العرف يعتبر من مسائل الواقع التي يجب على الإطراف إثباتها أمام هيئة التحكيم. أنظر: الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص740 وما بعدها/ والي،=

والعرف كما قد يكون عاماً سائداً في مختلف أرجاء البلاد، وفي مختلف أنـواع الصناعة والتجارة، فإنه قد يكون خاصاً يسود في بقعة منه، أو يحكم حرفة أو تجارة معينة، وعند تعارض العرف العام مع العرف الخاص، يقدم الأخير بشرط الإتّساق مع أحكام القانون وعدم مخالفة النظام العام أو الآداب[1].

3.3.1 الأعراف الدولية International Customs

قد يكون العرف التجاري وطنياً أو دولياً، فالأول يطبـق علـى العلاقـات التجارية الداخلية، فيما يطبق العرف الدولي على علاقات التجـارة الدوليـة، فـإذا تعارض العرف الوطني مع العرف الدولي قدم العرف الدولي على العرف الوطني، وإذا وجدت إتفاقية دولية يخضع لها موضوع النـزاع، قـدمت نـصوصها علـى نصوص القانون الوطني، سواء كانت آمرة أو مكملة أو مفسرة، تطبيقـاص لمبـدأ سمو القواعد الدولية على القواعد الوطنية.

وتعد أعراف وعادات التجارة الدولية أحد أهم روافد قانون التجـار الـدولي الجديد، وهي العمود الفقري الذي تقوم عليه الأعمال التجارية بطبيعتها، لإعتمادهـا على العلاقات بين التجار في أوساطهم المهنية، ومن خلال تلك العلاقات تنشأ قواعد تلقائية خاصة بهم تنظم هذه الأنشطة.

ويلاحظ أن الأعراف الدولية تستخدم أحيانا كمـرادف لقـانون التجـار، أو الأعراف التجارية أو Lex Meracatoria، وبالتالي تأخذ الأعراف في مجـال هـذا القانون صفة الدولية[2]؛ وبالتالي يجوز للأطراف في التحكيم التجاري الدولي الإتفاق على تطبيق المحكم للأعراف التجارية الدولية الجارية بالنسبة للمعاملة محل النزاع،

=قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند 246، ص 424. أنظـر المـواد 220، 224، 225 من القانون المدني الأردني.

1- أنظر المادة 3/2 من القانون المدني الأردني.

2- يتكون قانون التجار من أعراف التجار وعاداتهم، والمبـادئ العامـة للقـانون، والعقـود النموذجية، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والسوابق التحكيمية. خليفة، سلطة المحكـم فـي إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص 225.

وعندئذ يلتزم المحكم بتطبيق هذه الأعراف لا بإعتبارها مكملة للقانون الواجب التطبيق، بل بإعتبارها القواعد القانونية التي إتفق الأطراف على تطبيقها[1].

ومن الناحية العملية الصرفة، يلاحظ أيضاً أن هذه الأعراف تشكل نظاماً قانونياً مستقلاً وكافياً لحكم النزاع، وحتى لو تم إختيار قانون وطني معين ليحكم النزاع، فإن ذلك لا يمنع المحكمين من تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية على سبيل الاحتياط[2].

ولهذا يجد المحكم الدولي نفسه في كثير من الأحيان مضطراً إلى حل النزاع على ضوء قواعد من خلق عادات وأعراف التجارة الدولية، قواعد منقطعة الصلة ومستقلة عن القوانين الوطنية، بل أن وجود هذه القواعد العرفية، قد أكّد من خلال الممارسة الفعلية في مجال التجارة الدولية، وعلى ضوء قرارات التحكيم التجاري الدولية، فعاليتها أكثر من تلك القواعد المستمدة من القوانين الوطنية. والأهم أن هذه العادات والأعراف ستكون بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي، الذي يستطيع بهذه الطريقة تجاوز مشكلة تنازع القوانين، والتخلص من تعقيداتها في مجال التجارة الدولية[3].

والأعراف السائدة في المجال المهني توصف بأنها فضفاضة، سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، من جهة عدم وجود معيار يضبطها، وإن كان هناك

1- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، هامش رقم 4، ص 424.

2- أنظر: الطراونة، قانون التجارة الدولي، ص116 وما بعدها. وأنظر في موضوع قانون التجار تفصيلاً، من حيث تعريفه ومراحله التاريخية ومصادره ومدى صلاحيته القانونية للفصل في موضوع النزاع ومدى حرية المحكم الدولي في تطبيق أعراف وعادات التجارة الدولية، أنظر الباب الثاني من أطروحة خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص243 وما بعدها.

3- تجدر الإشارة هنا إلى أنه يمتنع على هيئة التحكيم تطبيق الأعراف مهما كانت قوتها ملزمة، إذا ما اتفق الفرقاء صراحةً على ذلك، وما هذا إلاّ تأكيداً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يتمتع به المتعاقدان، وإلاّ تعرض الحكم التحكيمي للإبطال بسبب إستبعاده تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، سنداً لنص المادة 49/أ/4 من قانون التحكيم.

مجموعة من الضوابط التي تنظم عمل هيئة التحكيم في الأخذ بهذه الأعراف، مـن مثل:[1]

1. إتفاق الخصوم ليس شرطاً لإعمالها، ويستطيع المحكم إعمالها من تلقاء نفسه.
2. عدم تطبيق الأعراف إلاّ في أوساطها المهنية، فلا يصح إفتراض إقتران التحكيم بالأعراف كطريق لحل النزاع، إلاّ إذا إنتمى كل الخصوم إلـى نفـس الوسـط المهني أو المجال التجاري الذي يدور فيه النزاع.
3. إلتزام المحكم بإحترام مبدأ المواجهة[2]، وعدم مخالفة النظام العام عند التـصدي لإعمال القواعد العرفية[3].
4. مراقبة القضاء إعمال المحكم للقواعد العرفية.

بقي التذكير بأن كثيراً من إتفاقيات وأنظمة التحكيم التجـاري الـدولي قـد إعترفت لإرادة الفرقاء بدور كبير في تحديد القانون أو القواعد التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع، وحرصت على الإشارة كذلك إلى الشروط العقدية والأعراف والعادات التجارية الجارية بإعتبارها مصدراً من مصادر القواعد القانونيـة التـي يجب على المحكّضم مراعاتها عند الفصل في النزاع[4].

وإذ كانت هذه الإتفاقيات والأنظمة الدولية قد أوجبت علـى المحكـم الـدولي مراعاة (الشروط العقدية) و(العادات التجارية الجارية) ولم تـشر إلـى الأعـراف التجارية، فإن وجوب مراعاة المحكم لهذه الأعراف لا يثير أي جدل، لأنها أعلى في

1- نقلاً عن عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ص165.

2- أنظر المادة 25 من قانون التحكيم.

3 - أنظر المادة 49/ب من قانون التحكيم.

4 - أنظر المادة 7 من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي عام 1961، والمـادة 5/13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكـيم التجاري الدولي، والمادة 29 من لائحة إجراءات مركز التحكـيم لـدول مجلـس التعـاون الخليجي، والتي جعلت(الأعراف التجارية المحلية والدولية) خياراً رئيـسياً أثنـاء فـصل النزاع.

المرتبة القانونية من العادات التجارية الجارية، ومن ثم تكون أولى بـالتطبيق عنـد عدم وجود شرط عقدي يحكم النزاع[1].

وتأسيساً على ما سبق، نخلص إلى القول بأن المحكم الدولي متى كان مقيـداً بالقانون، فإنه لا يجوز له أن يطبق على موضوع النزاع قاعدة عرفية تتعارض مع القواعد الآمرة في القانون الوطني الذي إختاره الفرقاء، أو الـذي كـان سـيختاره المحكم طبقاً لقاعدة الإسناد التي يراها أكثر ارتباطاً بموضـوع النـزاع، إذ يتقيـد المحكم بإتفاق الطرفين من ناحية، ومن ناحية أخرى يتقيد بإحترام القواعد الآمـرة في ذلك القانون. إذ لا تطبق هذه القواعد إلاّ عند عدم وجود قواعد آمرة أو قواعـد اتفاقية أو عادة تجارية جارية تحكم موضوع النزاع.

4.3.1 العادات التجارية Commercial Usages

تتميز العادات التجارية بوجود طبيعة طائفية فيها، فهي غالباً ما تكون خاصة بمهنة أو صناعة معينة، أو فرع من فروع التجارة الدولية، فتسود تلك العادات فـي مجالات أو نشاطات تخص طائفة معينة من التجار[2].

والعادة التجارية تعرف بأنها قاعدة تواترت وذاعت كشرط درج المتعاقـدون على تضمينه في عقودهم، وأدى الدأب أو الإستمرار عليه إلى إغنائهم عن الـنص عليه في هذه العقود، بحيث يكفي لتطبيق العادة إتجاه إرادتهم إليها حقيقةً، وسـواء كانت هذه الإرادة صريحةً أو ضمنيةً[3].

فالعادة التجارية عرف ناقص، يعوزه شعور الناس بضرورة إحترامها لتصير عرفاً، والفقه يفرق- بحق – بين العادات التي لا تعتبر خلافاً للعرف من مـصادر

---

1 - المصري، التحكيم التجاري الدولي ص 366.

2 - سلامة، قانون العقد الدولي، ص278.

3 - ومثال العادات التجارية الجارية إضطراد العمل على طريقة معينة في حـزم البـضائع أو تغليفها، أو تحديد مهلة معينة لقبول الصفقة... إلخ. المصري، التحكيم التجاري الـدولي، ص363-364.

القانون، وبالتالي يجب على الأطراف إثباتها وإقامة الدليل على مراعاتها في التعامل إذا ما أرادوا الإستناد إليها في الخصومة التحكيمية[1].

وإذا كانت هذه العادات مجرد تطبيقات تتم تلقائياً في أوساط المهنة الواحـدة، وتختلف بإختلاف السلعة، وربما الشكل، يمكن القول بأنها لا تستأهل النظـر إليهـا على أنها قواعد قانونية مجردة، بل قواعد ذاتية؛ فقواعد وأعراف التجارة الدولية لا تحكم حالات فردية، وإنما هي قواعد عامة ومجردة، على الرغم من أنهـا قواعـد عرفية ونوعية تختلف بحسب طبيعة السلعة المتعامل فيها وقواعد هذا التعامل، لذلك تعتبر هذه العادات قواعد معيارية من خلق الجماعات المستقلة(على صعيد التجارة الدولية) وليست من لدن جهاز تشريعي لدولة ما[2].

وتنقسم العادات التجارية إلى ثلاثة أنواع[3]:

اولاً: العادات التلقائية

وهي عادات تعبر عنها تصرفات سابقة بين مجموعة من الأطراف، وتشرح النوايا التي أغفلوا تنظيمها فيما بينهم من معاملات، وتوصف بأنه فردية لا تحـوز صفتي العمومية والتجريد، الذي توصف به القواعد القانونية.

ثانيا: عادات التجارة

وهي التي تنشأ من خلال تواتر العمل بها في مهنة معينة، من خلال إتبـاع المتعاملين بها لقواعد محددة ومعلومة بينهم، وتوصف بأنها عمومية في هذا النشاط الذي إعتاد عليه الأطراف، ولكن لا ينتج عن مخالفتها أي أثر قانوني، إلا في حالة تضمين هذه العادة كشرط من شروط العقد.

---

1 - أنظر العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقـارن، ص117. ونفـس الـرأي، المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص364.

2- نقلاً عن: رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، نبذة102،ص169.

3 - نكتفي في هذا المقام بالإشارة إلى تعريف كل منها، ونحيل في تفصيلها إلى: خليفة، سـلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ص294-300.

ثالثا: العادات المقننة

وهي تلك العادات التي قامت جهات معينة بتحويلها إلى قواعـد قانونيـة صـرفة، ومثالها مجموعة العادات التجارية التي إجتهدت غرفة التجـارة الدوليـة ببـاريس وحولتها إلى قواعد لها الكثير من المزايا، ومن أبرزها القواعد الموحـدة الخاصـة بالإعتمادات المستندية والقواعد الخاصة بتوحيد المصطلحات التجارية.

وبتلخيص ما سبق بيانه عن الشروط العقدية والأعراف والعادات التجاريـة كمصدر من مصادر القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على أساس النزاع، نقول أن الشروط العقدية تتقدم في التطبيق على العرف التجاري، وأن الأخير يتقدم فـي التطبيق على العادات التجارية الجارية، فإذا لم يكن ثمة شرط عقدي صريح، طبق العرف ولو لم تتجه إليه إرادة الطرفين، وإن لم يوجد شـرط صـريح أو عـرف، طبقت العادة التجارية الجارية متى إتجهت إليها إرادة الطرفين صراحةً أو ضمناً.

نخلص إلى القول إذاً، أن الترتيب الآنف ذكره يستند إلى القوة القانونية الملزمـة لكل من العقد والعرف والعادة التجارية، وسواء كان التحكيم وطنياً أو دوليـاً، وأن على المحكم المقيد بالقانون الإلتزام بهذا الترتيب عند تطبيقه لهذه المـصادر علـى موضوع النزاع.

ونؤيد الرأي الذي يذهب إلى عدم جواز تطبيق المحكم الدولي عادات وأعـراف التجارة الدولية على موضوع النزاع، متى أدى ذلك إلى استبعاد تطبيق النـصوص الواردة في إتفاقية دولية ملزمة، أو القواعد الآمرة في القانون الوطني المختار مـن قبل الأطراف، أو الذي تعينه قاعدة الإسناد الأنسب للنزاع.

ولا نؤيد التطبيق المطلق لعادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع، بإعتبارها تمثل القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، من أجل الوصـول إلـى إستبعاد القوانين الوطنية بحجة ما لهذه العادات والأعراف من صلة بحاجات التجارة الدولية، إذ لم نصل بعد إلى مرحلة الإعتراف لقانون التجارة الدولية بصفة " فـوق دولية " تمنحه قوة إلزامية تعلو قوة التشريعات الوطنية أو الدولية، فهذا الإعتـراف يفترض إتفاق الدول على مضمون محدد لقانون التجارة الدولية، في حين أن هـذا المضمون لا يزال موضع جدل في الفقه والقضاء الدوليين، ومن الصعب أن تتخـذ

منه الدول موقفا موحداً بسبب تباين أنظمتها السياسية والإقتصادية والإجتماعية، فضلاً عن تفاوتها في درجة النمو والتقدم [1]، فقواعد وأعراف التجارة الدولية تحتاج إلى مزيد من الضبط لتحديد مضمونها، حتى لا تخضع للمزاج القانوني للمحكم، وحتى لا تتحول المسألة إلى فرض قانون القوي على الضعيف.

4.1 المبادئ العامة في القانون General Principles of Law

سنبحث هنا المصدر الرابع من مصادر القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، والمتمثل في المبادئ العامة في القانون، والذي يطلق عليه على الصعيد الدولي إسم المبادئ العامة المشتركة بين الأمم المتمدينة، وسنعرض لمفهوم الفكرة والإنتقادات الموجهة إليها وأخيراً لتطبيقات من قضاء التحكيم.

رأينا فيما سبق أن العديد من القوانين الوطنية وإتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي قد نصت على حرية الطرفين في إختيار قواعد القانون التي تطبق على موضوع النزاع، ولاحظنا أن العديد من هذه القوانين والإتفاقيات يسمح للمحكم بتطبيق قواعد غير مستمدة من قانون وطني محدد، وإنما مستمدة من عادات وأعراف التجارة الدولية- كما سبق بيانه- وقواعد أخرى مستمدة من " المبادئ العامة في القانون"، فما المقصود من هذا الإصطلاح؟

1.4.1 تعريفها

المبادئ العامة للقانون هي عموماً مجموعة المبادئ العامة في القانون الداخلي، والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي[2] ، ويعرفها بعض الفقه بأنها

---

1 - المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص376-377.

2 - شكري، محمد عزيز، 1992، مدخل إلى القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق، ص58.

القواعد التشريعية التي تصادف قبولاً في الكثير من النظم القانونية أياً كانت درجـة تقدمها، وهي قواعد تطبق مباشرةً على المنازعات دون وساطة قواعد التنازع[1].

وغالباً ما يثورالحديث عن تطبيق تلك المبادئ في المنازعات المطروحـة على التحكيم الدولي، ومثالها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقاعدة تنفيـذ العقـود بحسن نية وضرورة تفسيرها في ضوء الإرادة المشتركة لأطرافها، ومبدأ المتسبب خطأً بالإضرار بالآخرين يلتزم بالتعويض، وقاعدة عدم جواز الإثراء بـلا سـبب، وعدم التعسف في استعمال الحق، ومبدأ بقاء الشيء على حاله، وإحتـرام الحقـوق المكتسبة ومبدأ توازن الأداءات المتقابلة، وغيرها من المبادئ التي إسـتقر عليهـا قضاء التحكيم.

فالمتعاقدون يحرصون في كثير من الأحيان على النص في عقودهم الدوليـة المتعلقة بالتجارة الخارجية على إخضاع هذه العقود للمبادئ القانونية المشتركة، أو المبادئ العامة للقانون، وهو ما يعبر عن رغبتهم في تدويل إتفاقاتهم وتحريرها من سلطان القوانين الوطنية[2]، غير أن هذه الرغبة يتعذر تحقيقها عملاً إلاّ إذا تـضمن العقد شرط تحكيم، وذلك لأن القضاء الوطني يرفض غالباً فكرة العقد المتحرر من سلطان القوانين الوطنية[3].

وهذه المبادئ تجد سندها في نص المادة 25 من القانون المـدني الأردنـي، والتي تنص على أن" تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نـص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين"[4] ، ويلاحظ أنه لا سند – البتّة- لهذه المبادئ في قانون التحكيم الأردني.

---

1 - عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، نبذة 174، ص 226.

2- صادق، هشام علي، 2007، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسـكندرية، نبذة141، ص218.

3- الطراونة، قانون التجارة الدولي، ص 91.

4- تقابلها المادة 24 من القانون المدني المصري.

وعلى الصعيد الدولي، وردت الإشارة في بعض الإتفاقيات الدولية إلى تطبيق هذه المبادئ على منازعات التحكيم الدولي، ومثالها ما ورد في نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن لعام 1966 بشأن تسوية منازعات الإستثمار، قولها بأنه" إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على قواعد القانون التي تطبقها على موضوع النزاع وجب على محكمة التحكيم أن تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما يشمله من قواعد تنازع القوانين فضلاً على مبادئ القانون الدولي في خصوص المنازعة".

كما نصت المادة الثانية من القرار الصادر عن معهد القانون الدولي في دورة إنعقاده بأثينا عام 1979 على أن" للأطراف إختيار... واحد أو أكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية"[1]

وأيضاً نص المادة 38 من نظام المحكمة الدولية للعدل في إطار الجماعة الأوروبية، وذكرت أمثلة لهذه المبادئ، كمبدأ القوة الملزمة للعقود، ومبدأ إحترام الحقوق المكتسبة، والمبادئ المتعلقة بإنقضاء الإلتزامات، ومبدأ حجية الشيء المقضي[2].

ومن جهة أخرى، تشير أحكام التحكيم التجاري الدولي أحياناً إلى تطبيق المبادئ المشتركة بين الأمم المتمدينة أو المتحضرة، ويقصد بها الدول ذات النظم القانونية المتكاملة[3]، كما قد تشير الإتفاقيات الدولية إلى خضوع تفسيرها وسد

1 - مشار إليه في: فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، ص 573. انظر كذلك المادة 1/16 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، كذلك نص المادة 26 من بروتوكول الهيئة التضامنية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول، إذ تقضي جميع هذه المواد بضرورة مراعاة المحكم الدولي للمبادئ العامة المشتركة، أو مبادئ القانون.

2- نقلاً عن: المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص378.

3- أنظر عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، نبذة172، ص224 والمراجع المشار إليها فيه.

الثغرات التي قد تظهر فيها، وحل المنازعات التي تثور بين أطرافها أثناء تنفيـذها للمبادئ المشتركة في تشريعات الدول المتعاقدة.

بل قد تتضمن عقود التجارة الدولية ذاتها الإشارة – في آن معاً- إلى مبادئ القانون الوطني و " مبادئ القانون الدولي" و" المبادئ العامة في القانون "، كما هـو الحال في الإتفاقية البترولية المنعقدة بـين الحكومـة الليبيـة وشـركتي البتـرول الأمريكيتين Texaco-Calasiatic [1].

ولا شك أن تطبيق هذه المصطلحات في قرارات التحكيم التجاري الدولي لا يخلو من بعض الصعاب، سيما عند معرض بحث المحكم لمضمون هـذه المبـادئ المشتركة أو المبادئ القانونية المعترف بها في الأمم المتمدينة أو مبـادئ وقواعـد القانون، وقد يبدو إستخدام المحكم الدولي لها لدى مقارنتها بقواعد وأعراف التجارة الدولية بغير ذي معنى[2].

وأياً يكن الأمر فإن الواقع يؤكد أن المباديء العامة للقانون التي أقرتها الدول المتمدينة تعتبر مصدراً للقانون الدولي العام (المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية)، بل أن هذه الأحكام الأخيرة إعتبرت أن المباديء العامة للقانون هي بذاتها المباديء العامة في القانون الدولي، وأن هذه المباديء تطبق على المنازعات

---

1 - وملخّص هذه الخصومة التحكيمية أن الحكومة الليبية منحت إمتياز بترولي لشركتي بترول أمريكيتين، ونص الأطراف في المادة 28 من إتفاقيـة الإمتيـاز علـى أن يخـضع هـذا العقـ ـ ـد(لمبادئ القانون الليبي) و(مبادئ القانون الـدولي) و(المبـادئ العامـة فـي القانون)، ولدى حصول النزاع بين الطرفين، إتخذ المحكم من الأسلوب التدرجي لمـصادر القانون الثلاثة- المشار إليها- أساساً للقول بأنه يتعين عند تعارض القانون الليبي مع مبادئ القانون الدولي تدويل القانون الواجب التطبيق، نظراً لسمو القانون الـدولي علـى القـانون الوطني من جهة، ونظراً لأن تدويل هذا النزاع بإخضاعه للتحكيم الدولي يستتبع " تـدويل" القانون الواجب التطبيق عليه، فبذلك إستطاع المحكم إستبعاد تطبيق القانون الوطني الليبـي بزعم أنه يتضمن قواعد تتعارض مع مبادئ القانون الدولي، كمبدأ الحقوق المكتسبة. مشار إليه: في المصري، التحكيم التجاري، ص381 وما بعدها.

2 - رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، نبذة114،ص 191.

الدولية كما تطبق على المنازعات ذات الطابع الدولي، مثل عقود القرض المبرمـة بين البنك الدولي للإنشاء والتعمير ومواطني الدول المضيفة. [1]

والسؤال الذي يطرح هنا، يتعلق بمدى إعتبـار هـذه المبـادئ القانونيـة المشتركة جزءاً من مكونات قانون التجارة الدولي.

يذهب جانب من الفقه إلى عدم إعتبار المبادئ القانونية العامة جـزءاً مـن مكونات هذا القانون، وهي لا تعدو أن تكون مبادئ مشتركة بين القوانين الوطنيـة المختلفة، ولا تتمتع بخصوصية تكفل لها صفة الإستقلال عن هذه القوانين، وعلـى خلاف هذا الإتجاه، يذهب جانب من أنصار القانون التجاري الـدولي إلـى تأكيـد الأهمية العملية للمبادئ القانونية المشتركة كمصدر من مصادر هذا القانون، كما أن قضاء التحكيم إستطاع بالفعل أن يتوصل إلى العديد من هذه المبادئ المشتركة، وأن يستخلص منها ما يناسب العلاقات الإقتصادية الدولية[2].

2.4.1 في نقد المبادئ العامة المشتركة

إنتقد جانب من الفقه القواعد الموضوعية التي تنتمي إلى فكرة المبادئ العامة المشتركة، إستناداً إلى عدم كفايتها، فهناك مسائل عديدة يجب الرجوع في شأنها إلى قواعد الإسناد، مثل الأهلية وعيوب الإرادة وبعض المسائل الأخرى[3].

كذلك فإن هذه المبادئ ليست موجودة في كافة أنظمة الدول، وإن وجدت فلن تكون موحدة، ولا خلاف من ناحية أنها قواعد وطنية بحته مـشتقة مـن القـوانين الداخلية للدول، ولكن الخلاف يكمن من ناحية أن القضاء قد إستقى هذه المبادئ من الأنظمة القانونية السائدة في الدول الرأسمالية الصناعية الكبرى، وهي أنظمـة وإن

---

1 – عبد المجيد، التنظيم القانونية للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، نبذة 185، ص 235.

2 - أنظر في تفصيل ذلك: صادق، عقود التجارة الدولية، بنـد 142، ص219 ومـا بعـدها/ الطراونة، قانون التجارة الدولي، ص 116 وما بعدها.

3 - عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقـه وقـضاء التحكـيم، نبذة173، ص224.

تشابهت في أسسها العامة، إلا أنها قد تختلف عن الكثير مـن الأنظمـة القانونيـة الأخرى التي تحكم المجتمعات النامية بصفة خاصة[1].

كما يعتقد البعض أن هذه المبادئ تتعارض مع بعضها، فمـثلاً مبـدأ العقـد شريعة المتعاقدين يقيده مبدأ عدم جواز الغبن، ومبدأ أن الـبطلان لا ينـتج أثـراً، يعارضه مبدأ الإعتداد بالآثار التي لا يمكن محوها، لذلك فإن عـدم تحديـد فكـرة المبادئ العامة قد يؤدي أحياناً إلى استخدام المبدأ ذاته لخدمة مواقف متعارضة فـي آن واحد[2].

زد على ذلك أن المحكم الدولي عندما يجد نفسه مضطراً لتطبيـق المبـادئ العامة في القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحضرة بإعتبارها قانون القاضـي، فإن التطبيق السليم لمثل هذه المبادئ يتوقف بالدرجة الأولى على الثقافـة القانونيـة للمحكم وقدراته على إستخلاص هذه المبادئ من خلال التحليل المقـارن للقـوانين، ويعكس النظم القانونية التي يلم بها.

وأياً يكن الأمر، فإنه يجب على المحكم الحذر وتوخي الدقة عند إعمال هـذه المبادئ في المنازعات التي تتعلق بما يسمى بعقود القانون العام، لما قد تتضمنه من إشارات ذات طابع سياسي، تتعلق بضرورة إحترام مبدأ سيادة الدولـة وحـصانتها القضائية[3].

---

1 - نقلاً عن: صادق، عقود التجارة الدولية، نبذة144، ص222.

2 - عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقـه وقـضاء التحكـيم، نبذة173، ص225/ فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجـاري الدولي، ص576.

3 - ثمة اتجاه في الفقه يدعو إلى ضرورة تدويل القواعد القانونية التي تخضع لها المنازعـات التي تثور بشأن عقود القانون العام، وذلك بإخضاع المنازعات التي تنـشأ بـسببها إلـى القواعد العامة في القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحضرة، وبكلمات أخرى يكون حل المنازعات المتصلة بهذه العقود على مقتضى قانون غير وطني، أو قانون يعلو فوق الـدول Transnational، وهو في النهاية يبدو وكأنه(قانون دولي للعقود)، أنظر في تفصيل ذلك: رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، نبـذة114، ص192-194. وأنظـر تفصيلاً في موضوع تدويل إتفاق تحكيم الدولة والأشخاص المعنوية العامة: مخلوف، أحمد،

كذلك فإن تطبيق المبادئ العامة المذكورة آنفاً، يخالف مبدأ تدرج القواعد القانونية، ذلك أنه من المقرر أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي والعدالة، ولا يقصد من جمع المصادر على هذا النحو مجرد تعدادها، بل يراد بوجه خاص تدرجها من حيث الأولوية في التطبيق[1].

وبالرغم من كل هذه الصعوبات والإعتراضات التي تواجهها المبادئ العامة في القانون، ولئن كانت هذه المبادئ تتسم بالعموم، مما يفرقها عن القواعد العرفية التي تواجه مسائل محددة، إلا أن قضاء التحكيم قد إستخلص واستقر على عدد منها – كما سبق أن ذكرنا – من مختلف النظم القانونية التي لا يمكن تجاهلها في إطار علاقات التجارة الدولية، وأنها أصبحت مصدراً واقعياً لا يمكن إنكاره على صعيد التجارة الدولية.

ومتى تم إستخلاص هذه المبادئ من النظم القانونية المختلفة فإنها تفقد كل رابطة بهذه الأخيرة، ويكون لها كيانها المستقل الذي يسمح لها بأداء وظيفتها في إطار التجارة الدولية، بمعنى أنها تستقل عن النظم القانونية الداخلية التي تستقى منها[2]. حتى أصبح طابعها الخاص الذي يتّسق مع إحتياجات المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال.

2005، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 293 وما بعدها./ حداد، حفيظة السيد، 2003، الإتفاق على التحكيم في عقود= =الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

1- نقلاً عن: عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، نبذة177، ص229. قارن ذلك بنص المادة 2 من القانون المدني الأردني.

2- عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، نبذة 174، ص 266.

ومن هنا يتعين تفسير إشارة المتعاقدين إلى المبادئ القانونية المشتركة في عقودهم التجارية الدولية على ما يفيد رغبتهم في تدويل العقد وإخضاعه للحلول التي إستلهمها المحكمون من هذه المبادئ في التطبيقات العملية[1].

فهذه المبادئ بما لها من عمومية، تسمح للقاضي أو المحكم بتطبيقها على مختلف الأوضاع والمسائل، ومن النادر ألاّ نجد مبدأً عاماً يكون قابلاً لإعطاء تبرير حل معين، وهذه العمومية كذلك تمنح القاضي حرية تقدير واسعة لتصحيح الآثار الناتجة عن تطبيق قواعد القانون المختص، وكذلك لمعالجة ما قد يعتري النظم القانونية الوضعية من القصور[2]، بل حتى المتعاقدين في إشارتهم إلى المبادئ القانونية المشتركة في عقود التجارة الدولية، إنما يعتقدون بذلك تخويل المحكمين فرصة خلق الحل الملائم في صدد المسائل التي يواجهونها بالتنظيم في العقد؛ والتي لا يوجد في شأنها عادات أو أعراف مستقرة في المجال الدولي[3]، وهذا ما طبقه المحكمون في كثير من الخصومات التحكمية، وهو ما سنتناوله فيما يلي.

3.4.1 من تطبيقات قضاء التحكيم للمبادئ العامة

تطبق هيئات التحكيم على النزاع الدولي المبادئ العامة المشتركة للأمم المتمدينة، وتعتبرها من مصادر قانون التجارة الدولية، وهنا نقول أن الإلتجاء إلى هذه القواعد الموضوعية لا يجد محلاً إلا إذا استحال تطبيق قانون معين على النزاع، بسبب وجود فراغ تشريعي في القانون الواجب التطبيق، أي بسبب إهمال

---

1 - صادق، عقود التجارة الدولية، نبذة 147، ص 227.

2 - الحواري، أسامة احمد، 2008، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، طبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 156 – 157.

3 - أنظر : صادق، عقود التجارة الدولية، نبذة 147، ص 227، والمراجع المشار إليها فيه.

المشرع تنظيم موضوع ما، بمعنى أن القانون المختار غير قابل للتطبيق لعدم وجود قاعدة قانونية فيه تنطبق على النزاع[1] هذا أولاً.

ففي دعوه مرفوعة ضد الحكومة الإثيوبية، منحت فيه إمتيازاً لشركة السكك الحديدية، قضت هيئة التحكيم بتطبيق قوانين الدول الأوروبيـة المتعلقـة بإمتيـاز المرافق العامة، بسبب عدم وجود قـانون إداري فـي أثيوبيـا يعـالج موضـوع الامتياز[2].

وثانياً : حالة غياب الإشارة الصريحة من الفرقاء لتطبيق المبادئ العامة للقـانون. فقد لا يتفق الأطراف على تحديد القانون المختص، وهنا لا تجد هيئة التحكيم حرجاً عند تطبيق تلك المبادئ، وقد يتفقوا فعلاً على مبادئ أخرى من قبيل حسن النية في التعامل، ومثال ذلك، التحكيم بين الشركة الكنديـة Sapphire والـشركة الوطنيـة الإيرانية للبترول NIOC[3]، حيث يطبق المحكم المبادئ العامـة للقـانون دون أن يبدي مدى علاقتها بالنظام القانوني الدولي أو بالنظم الوطنية، لدرجة أثارت معهـا الشك حول تبنيها كنظام قانوني مستقل[4].

---

1 - عبد المجيد، القانون التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضـوء الفقـه وقـضاء التحكيم، نبذة 175، ص 227.

2 - لمزيد من التفصيل أنظر: عشوش، أحمد، 1989، قانون النفط، الإتجاهات الحديثـة فـي تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الاقتصادية الدولية، مؤسـسة شـباب الجامعـة، الإسكندرية، ص 117 وما بعدها.

3- جرى هذا التحكيم في سويسرا، وجرى تطبيق قانون الأخيرة على إجراءات التحكيم نظـراً لعدم تطرق الأطراف في العقد لهذه المسألة.

4 - مشار إليه في: فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، ص 574 – 575.

"وقضت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، بإعتبار مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات من مبادئ قانون المحكم الواجب التطبيق في كل حـال، وجـاء هـذا الحكم بمناسبة تحكيم يتعلق بعقد وكالة تجارية بين تركي وآخر فرنسي، فقررت المحكمـة عدم الرجوع إلى التشريع التركي أو الفرنسي، وإنما تطبيق القانون الموضوعي للتجـارة

وقد يرد نص صريح يشير إلى تطبيق قانون وطني معين، ولكن يستبعد من قبل هيئة التحكيم لصالح المبادئ العامة، وسنأتي لبحث هذا الموضوع في الفصل الثالث من هذه الرسالة، عند الحديث عن إستبعاد المحكم للقانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع كسبب من أسباب البطلان.

من المفيد الإشارة إلى تحكيم Aramco ضد المملكة العربية السعودية عام 1958، والذي إنتهت فيه هيئة التحكيم إلى عدم كفاية مبادئ القرآن الكريم لحل مشاكل الإنتاج البترولي، إستناداً إلى أن هذه الدول النامية تعوزها الثقافة القانونية الكافية، وإستناداً إلى مبدأ الحقوق المكتسبة المستخلص من القضاء الدولي وأحكام محاكم التحكيم الدولية[1].

وفي قضية أبو ظبي ضد شركة التنمية البترولية Petroleum Development Ltd سنة 1951، تم إتخاذ نفس الموقف وتم إستبعاد تطبيق قانون أبو ظبي إستناداً إلى أن الشيخ يمارس القضاء بسلطة تقديرية واسعة طبقاً لمبادىء القرآن الكريم. ولهذا قضى المحكم بأنه ليس من المعقول أن نفترض في مثل هذا المكان القبلي وجود مجموعة قانونية تحكم النزاع، وخاصة أن قانون أبو ظبي متخلّف لا يقوى على التصدي للمعاملات التجارية الحديثة. وانتهى المحكم في هذه القضية إلى تطبيق القانون الانجليزي، وهو قانون جنسيته، بوصفه تعبيراً صادقاً عن المبادىء المشتركة للأمم المتحضرة[2].

أما في حالة وجود نص صريح بين المحتكمين بإعمال المبادئ العامة للقانون عند نشوب نزاع بينهم، فإن هيئة التحكيم في الغالب لا تتردد في ذلك، ومثال هذا،

الدولية". مشار إليه في : سلامة، أحمد عبد الكريم، 1989، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 22.

1 - أنظر في نقد هذا الحكم : إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ص 190 – 192.

2 – مشار إليه في: الطراونة، قانون التجارة الدولي، ص 96-97. ويشير في الهامش رقم 1 من الصفحة 98 إلى أحكام مست الدول العربية والإسلامية، وتذرعت هيئات التحكيم فيها بتخلّف هذه الدول ونقص ثقافتها القانونية المتحضرة، لتبرير تطبيق المبادئ العامة للقانون بدلاً من قوانين هذه الدول.

التحكيم بين ليبيا وإحدى الشركات الأجنبية تـدعى Liamco فـي عـام 1977، إذ انتهت فيه هيئة التحكيم إلى وجود مبادئ مشتركة ما بين القانون الليبـي والقـانون الدولي فيما يتعلق بإنهاء العقد بالإرادة المشتركة مع التعويض.

وفي تحكيم شركة Texaco & Calasiatic للبترول ضد الحكومة الليبية، عثر المحكم في هذا التحكيم على مبدأ عام مشترك ما بين القانون الليبي والقانون الدولي، وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد، وقرر إعماله دون الإستعانة بالمبادئ العامة للقانون، والتي (يؤخذ بها على نحو مكمل) حسبما ذهب إليه العقد[1].

فمن خلال التطبيقات السابقة وغيرها، لاحظنـا أن المحكمـين الغـربيين لا ينظرون إلى مبادئ القانون أو المبادئ المشتركة للأمم المتحدة إلاّ بمنظار يتأكد من خلاله إعمال قانون القوي على الضعيف، وبالنتيجة يصبح أمر تدويل القواعد التـي تحكم المنازعات في هذه العقود هو في الواقع تكـريس لمفـاهيم قـوانين الـدول المتقدمة[2].

5.1 قواعد العدالة والإنصاف Amiable Composition

نتناول فيما يلي المصدر الخامس والأخير من مـصادر القواعـد الواجبـة التطبيق على موضوع النزاع، وهو قواعد العدالة والإنـصاف، فنعـرض لمفهـوم الفكرة وسندها القانوني، ومن ثم نطاق تطبيقها في التحكيم الداخلي، وأخيرا محددات تطبيقها في إطار قضاء التحكيم، والمتمثلة بنصوص النظام العام، سواء كانت جزءاً من القانون الذي إختاره الفرقاء، أو جزءاً من قانون دولة التنفيذ.

1.5.1 مضمون الفكرة

خولت الفقرة (د) من المادة 36 من قانون التحكيم، هيئة التحكيم بالفصل في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، ودون التقيد بأحكام القـانون. وهـو

---

1 - لمزيد من الأمثلة، أنظر : فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق فـي إطـار التحكـيم التجاري الدولي، ص 551 وما بعدها، والمراجع التي أشارت إليها فيه.

2 - رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، نبذة 115، ص 195 – 196.

ذات النص في المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري والمادة 4/38 من قانون التحكيم السوري، والمادة 4/39 من القانون العماني، والمادة 2/212 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وذات المعنى الذي جاءت به الفقرة الثالثة من المادة 17 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس؛ في حين لم يستخدم القانون النموذجي في المادة 28 منه لفظ(العدل والإنصاف)، وإنما إستخدم تعبير(الأساس الودي) إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحةً.

يتبين من هذه النصوص أن إتفاق التحكيم ينقسم إلى تحكيم بالقانون، أو ما يسمى التحكيم بالقضاء، وآخر بالصلح. والأصل في التحكيم هو التحكيم بالقانون، ما لم يتفق الطرفان (صراحةً) على التحكيم بالصلح.

ويقصد بالتحكيم بالقانون أن هيئة التحكيم تنظر النزاع، وتصدر حكمها فيه حسب القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق على النزاع. أما التحكيم بالصلح، فلا يتقيد فيه المحكم بأحكام القانون الموضوعية، وإنما يصدر حكمه وفقاً لقواعد العدالة وما يمليه عليه ضميره، على أن يكون الحكم منطقياً ومعقولاً بعد الأخذ بالإعتبار كافة الظروف المحيطة بالقضية[1].

فتخويل هيئة التحكيم التحرر من أحكام القانون على هذا النحو يجد سنده وأساسه في إرادة الطرفين، إذ بتفويضهما هيئة التحكيم بالصلح يكونان قد أطلقا يدها في الفصل فيه وفقاً لما تراه محققاً للعدالة والإنصاف[2]، مع ملاحظة أن المحكم لا يجري صلحاً في حالة تفويضه، وإنما يصدر حكماً ملزماً للفرقاء حائزاً لحجية الأمر المقضي، وغاية ما في الأمر أن هذا الحكم غير مبني على نصوص قانون أو تشريع محدد، وإنما على تراضي وإتفاق ودي مسبق من الطرفين[3].

---

1 – حداد، حمزة احمد، 2005، التحكيم بالصلح (والتوفيق)، ورقة عمل مقدمة لندوة رؤية الجوانب القانونية للتكامل في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية،(25 و 2005/4/26)، ص 2.

2 - الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة187، ص178.

3 - البريري، التحكيم التجاري الدولي، هامش194، ص143.

والتفويض بالصلح بهذا المعنى يمكّن المحكمين من ستبعاد تطبيـق القواعـد القانونية التي تحكم موضوع النزاع، ولو كان مصدرها تشريعاً أو عرفاً، ما دامـوا يرون أن هذا الإستبعاد تقتضيه العدالة[1]، ولكن ذلك لا يعني إعفاءه مـن التعـرف على القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهو القانون الوطني بالنـسبة للعلاقـات الداخلية، والقانون الأكثر اتصالاً بالنزاع بالنسبة للعلاقات الدولية[2].

قضت محكمة التمييز بأن" الفريقين أعفيا المحكم من التقيد بقوانين وأصول المحاكمات المدنية وقانون البينات، وإن إتفاقهما هو ملزم لهما وليس فيه مخالفة للقانون والنظام، وقد إستقرت إجتهادات محكمة التمييز على أن هذا الشرط صحيح وملزم لطرفيه، سيما وأن الطرفين بلجوئهما للتحكيم قد إتجها بحل النزاع بينهما للمحكم بدلاً من اللجوء لحله عن طريق المحاكم... ".[3]

وتضيف المحكمة " ... إن طرفي التحكيم بتفويضهما المحكم إصدار القرار الفاصل لإنهاء الخلاف وصلاحية فرض الصلح من شأنه أن يطلق يد المحكم فـي حل النزاع عن طريق فرض الصلح على الطرفين على إعتبار أن كل فريـق قـد رضي بهذا الإجراء وهو ليس مخالفاً للقانون "

فالمحكم وإن خوله الأطراف التحكيم بينهم بالصلح، إلاّ أن الحاجـة لتعيـين القانون الواجب التطبيق على النزاع تبقى قائمة، من أجل الالتزام بالقواعد الآمـرة في هذا القانون من ناحية، ومن أجل الالتزام بقواعد النظام العام فيـه مـن ناحيـة أخرى، إذ يبطل الحكم المخالف لها.

---

1 - والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، بند241، ص 416.

2- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخليـة، نبـذة187، ص178. وأنظر تفصيلاً في مهمة المحكم الطليق: المصري، التحكيم التجاري الدولي، ص400 ومـا بعدها.

3 - تمييز حقوق رقم 130 / 1957، منشور على الصفحة 15 من مجلة نقابة المحامين لـسنة 1958. وأنظر في نفـس المعنـى قـرار تمييـز حقـوق رقـم 313 / 1965، تـاريخ 1965/10/31، مجلة نقابة المحامين لسنة 1966، ص 53، وقرار تمييـز حقـوق رقـم 119 / 1965، تاريخ 1965/6/10، مجلة نقابة المحامين لسنة 1965، ص 1126.

وكما يرى بعض الفقه، فإن العدالة فكرة لا يوجد اتفاق على تحديد مضمونها، وأن كل محكم ينظر إليها بمعيار مختلف، لهذا يوصف هذا النمط من التحكيم بأنـه (يحل النزاع أكثر مما يحسمه)[1]، كما أنه من الصعب وضـع تحديـد منـضبط ودقيق لمصطلح التفويض بالصلح، إذ يجب الرجوع إلى إرادة الفرقاء لتحديد طبيعة ونطاق شروط التفويض بالصلح، لأنها تلعب دوراً رئيسياً في تحديد نطاقه القانوني، فإستبعاد تطبيق القانون يتم بناء على هذه الإرادة[2].

وطالما تنازلت هذه الإرادة عن التمسك بالحقوق الشخصية المتحـصلة مـن تطبيق قانون موضوعي، وقبولهم الفصل في النزاع على مقتـضى قواعـد العـدل والإنصاف، فإن المحكم الذي يقوم بعمل إنشائي خلاّق، تحقيقاً للعدالة ولما يرضـي ضميره، يقع عليه عبء البحث عن الحلـول الأكثـر عدالـةً لموضـوع النـزاع المعروض عليه، دونما تقييد بأحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً، إلاّ – اللهم- ما تعلق منها بالقواعد الآمرة أو بنود العقد الذي يربط الخصوم.

وإعمالاً لهذه السلطة، يملك المحكمون- وهم بصدد الفـصل فـي النـزاع- البحث عن العدالة في أي مصدر من مصادر القانون، لذا استقر الـرأي علـى أن سلطة المحكم المفوض بالصلح في إستبعاد قواعد القانون ليست سوى رخصة، وإنه يملك تطبيق نصوص القانون رغم ذلك، إذا وجد أن العدالة التي يبحث عنها تكمـن في التطبيق الحرفي لهذه النصوص، وأنه لا يمكن مؤاخذة المحكم المفوض بالصلح لمجرد أنه طبق قواعد القانون، رغم أنه معفى من تطبيقها[3].

ونظراً لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سـوء تقديره المطلق، الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم

1- عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، نبـذة 189، ص 238.

2 - عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، نبذة144، ص167.

3 – أنظر: بركات، علي، 2003، الطعن في احكام التحكيم، دار النهـضة العربيـة، القـاهرة، نبذة44، ص 69، والمراجع المشار اليها في الهامش رقم 1.

وإستقامته وثقافته، إستلزم المشرع أن يكون الإتفاق صريحاً لا ضـمنياً وأن يتفـق الجميع عليه، كذلك حرص المشرع أن يقرن العدل بالإنصاف تقديراً منـه لكـون الحكم بالعدل وحده قد لا يؤدي أحياناً إلى الإنصاف، فالإنـصاف يعنـي مراعـاة الرحمة التي تعلو على اعتبارات العدالة[1].

والمحكم المفوض بالصلح لا يقضي طبقاً لقواعد العدالـة كمـصدر مـستقل للقواعد القانونية، وإنما بالنظر إلى العدالة كغاية يجب البحث عنها في كل مـصادر القانون من تشريع وعرف ومبادئ عامة، والتفويض بالصلح يشمل في وقت واحـد رخصة تطبيق قواعد القانون وواجب إستبعاد أي حل يتعارض مع مبـادئ العـدل والإنصاف[2].

وكما أسلفنا سابقاً فإن الحاجة إلى تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع تبقى قائمة، حتى ولو كان المحكم غير ملزم بالتقيد بأحكامه التي لا تتعلق بالنظـام العام، وليس ثمة ما يمنعه من تطبيقها إذا رأى ذلك، فالمشرع حقيقةً أجاز له الحكم على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، دون التقيد بأحكام القانون، ولكنه لم يفرض عليه عدم التقيد بها.

ويلاحظ بالنسبة للتحكيم الدولي أن المحكم المفوض بالصلح- كونه غير ملزم بتطبيق أي قانون وطني- له ان يؤسس قراره في النزاع علـى عـادات التجـارة الدولية، وعلى المبادئ العامة للقانون؛ ذلك أن مـن أهـم الأسـس والإعتبـارات الجوهرية التي يقوم عليها التحكيم بالصلح هو إستكمال النقص في شأن المسائل التي أغفلها قانون التجارة الدولية، أو لم يتصد لحلول لها[3].

ويميل جانب من الفقه إلى إعتبار(العدالة) جزءاً من قانون التجارة الـدولي، على أساس الحاجة إلى فكرة العدالة لإستكمال النقص في هـذا النظـام القـانوني

1- أنظر في أمثلة على ذلك: الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقـم 27 لـسنة 1994وأنظمـة التحكيم الدولية، نبذة167، ص 213-214.

2 - عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، نبذة144، ص167.

3- عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضـوء الفقـه وقـضاء التحكـيم، نبذة187، ص239.

الجديد، إذ يستطيع المحكم- من وجهة نظرهم- دائماً أن يستلهم الحلول للمسائل التي لم يتناولها القانون التجاري بالتنظيم[1].

2.5.1 تباين تطبيق قواعد العدالة في التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي

يذهب البعض إلى أن القواعد الآمرة في النظام القانوني الموضوعي الذي يحكم النزاع التحكيمي تعامل كلها معاملة قواعد النظام العام من حيث وجوب إتباعها، وعدم جواز مخالفتها وبطلان الحكم بطلانا مطلقا في حال المخالفة؛ والصحيح أن القواعد الآمرة ليست كلها من قواعد النظام العام، بل قواعد النظام العام كلها آمرة، وعلى هذا يستقر الفقه والقضاء[2].

وأياً كان التحكيم وطنياً أو دولياً، فإن المحكم المصالح يقضي وفقا لما يراه من مقتضيات العدل والإنصاف في ضوء القيود السابق الإشارة إليها، ولا بأس من التأكيد على أن هيئة التحكيم لا يمكنها تجاهل الأحكام الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام الدولي، وهي إن فعلت ذلك؛ فإن حكمها معرض لعدم إمكان التنفيذ في البلد المتوقع تنفيذ الحكم فيه، سنداً لنص المادة2/5 من إتفاقية نيويورك، فالسائد أن المحكم المفوض بالصلح في التحكيم الدولي يستطيع تجاهل القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام الداخلي، ولا يقف أمامه سوى ما يمس النظام العام الدولي.

أما في التحكيم الداخلي، فإنه إذا تعلق الأمر بقواعد آمرة تمس النظام العام الداخلي، فالأكيد أن المحكم المفوض بالصلح لا يمكنه التحرر منها حتى ولو كان مفوضاً بإجراء تسوية وفقاً لقواعد العدالة، هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى لا جدال في أن سلطة المحكم المفوض بالحكم وفقاً لقواعد العدالة في التحكيم الداخلي تخوله الخروج على نصوص القانون المقررة، كما تخوله سلطة واسعة في تفسير

1- أنظر في حجج هذا الرأي ونقده، والرأي الذي يذهب إلى إخراج مفهوم العدالة من مكونات القانون التجاري الدولي، أنظر: صادق، عقود التجارة الدولية، ص 229 وما بعدها.

2- نقلاً عن: العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، بند 35 و36، ص 118-119. وأنظر المراجع والأحكام القضائية المشار إليها في الهامش رقم 144 من صفحة 119.

وتخفيف حدة الشروط العقدية التي اتفق عليها الأطراف، شريطة ألاّ يصل الأمر حد إنشاء علاقة أو عقد جديد لم تتجه إليه إرادتهم[1].

3.5.1 من تطبيقات فكرة العدالة في التحكيم

تطبيقاً لفكرة العدالة والإنصاف، فإنه يجوز للمحكم تعديل مـا يـنص عليـه القانون من حلول، بشرط أن يقتصر هذا التعديل على مسائل القانون التـي يجـوز للأطراف النزول عليها أو الصلح فيها[2]، أي تلك التي لا تتعلق بالنظام العام[3].

وإستناداً إلى هذه الفكرة، فإنه يجوز للمحكم إستبعاد نص القـانون المتعلـق بتحديد سعر الفائدة القانونية ويجوز له تعديل مفهوم الظروف الطارئة في الإعفـاء من المسؤولية أو توزيع مخاطرها، كما يجوز للمحكم المفوض بالتحكيم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف، إستبعاد فكرة التقادم في موضوع البيع الدولي للمنقولات المادية رغم توافر شروطه، لأن الحكم بمقتضى التقادم قد يمس العدالة في النـزاع، وقـد تقضي العدالة بأنه لا ضرورة للإعذار لإستحقاق التعويض عنـد عـدم التنفيـذ أو التأخير فيه[4].

---

1 - البريري، التحكيم التجاري الدولي، بند 86، ص145 وما بعدها. وأنظر رأيـه الـرافض لمحاولة إفتعال تفرقة مصطنعة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الـدولي فـي ميـدان المعاملات الاقتصادية، بند81، ص 135 وما بعدها.

2 - تنص المادة 9 من قانون التحكيم على أنه (لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح)، ويقصد بالصلح إتفاق الطرفين على إنهـاء نزاعهمـا وخـصومتهما بالتراضـي. ويلاحظ أن قانون التحكيم لم يحدد المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولـيس ثمـة تحديـد واضح لهذه المسائل في أي قانون أردني آخر. أنظر الفصل السابع مـن قـانون التحكـيم التونسي، والمادة 2/9 من قانون التحكيم السوري، والمادة 11 من قانون التحكيم المصري، والمادة 11 من قانون التحكيم العماني، والمادة 762 من قانون التحكيم اللبناني.

3- أنظر المواد 49/ب و54/أ/1 من قانون التحكيم الأردني.

4 - لمزيد من الأمثلة على تطبيقات فكرة العدالة في التحكيم، أنظر:عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقـضاء التحكـيم، نبـذة 189، ص 240-241=

من الأمثلة كذلك على تطبيقات هذه القواعد ما نجده فـي عقـود التـشييد أو التنقيب، حينما يتعلق الأمر بنزاع حول غرامات التأخير، إذ يقتضي الإنـصاف أن يوضع في الإعتبار ظروف التنفيذ وما طرأ من تغيير عليهـا، مـن جهـة تغييـر الخامات أو تبديل التصميمات أو غير ذلك من المسائل التي يقتضي الإنـصاف أن توضع في الإعتبار عند الحكم في النزاع، دون تذرع بأن العدالة تقتـضي تحمـل المقاول التأخير في التنفيذ[1].

ومن تطبيقات قضاء محكمة النقض المصرية لفكرة قواعد العدالة، نشير إلى حكم جاء فيه إن " النعي على حكم التحكيم بمخالفته للقانون، لتطبيقه قواعد العدالـة والإنصاف، رغم عدم تفويض هيئة التحكيم في إنهاء النزاع صـلحاً ثبـوت عـدم تطبيقه تلك القواعد، نعي في غير محله، وورود عبارة عامة مجهلة في حكم التحكيم بفصله في النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف، لا أثر له طالما انتهى إلى النتيجة الصحيحة"[2].

نخلص إلى القول بأن فكرة تفويض المحكم بالصلح ترتكـز علـى تنـازل الأطراف عن التمسك بنصوص القانون، والإستهداء فقط بما يراه المحكـم محققـاً للعدالة، ولهذا لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل فـي النـزاع وفقـاً لقواعـد العدالـة

=وأنظر في ضوابط التحكيم بالصلح: الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقـات الخاصـة الدولية والداخلية، ص 119 وما بعدها.

1 - صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكـيم الدوليـة، بنـد167، ص214.

2 - مشار إليه في: الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الـدولي الخـاص، ص138. وفي التحكيم الذي جرى بين قطر وشركة"International Marine Oil" عام 1953، قرر المحكم أن القانون القطري هو القانون الواجب التطبيق إستناداً على قرينة وجود دولـة ذات سيادة في العقد الذي حرر باللغة العربية والانجليزية معاً، ولكن تم إستبعاد القانون القطـري لاحقاً بإعتباره لا يتضمن مبادئ كافية لحكم النزاع، وتم إعمال قواعد العدالـة والإنـصاف وحسن النية. فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجـاري الـدولي، ص569.

والإنصاف، أي كحكم غير مقيد بقواعد القانون، إلاّ إذا أجاز لهـا الطرفـان ذلـك صراحة.

الفصل الثاني

القيود التي ترد على حرية الفرقاء في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع

تمهيد

تناولنا فيما سبق مصادر القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق علـى أسـاس النزاع، وقد رأينا ما لسلطان الإرادة من أهمية وحرية في إختيار هذه القواعد لحكم النزاع المحكم فيه، وما لإرادة الفرقاء من دور كضابط إسناد في تحديدها.

وفي هذا الفصل من الدراسة، سنعرض للقيود التي ترد على حرية الفرقـاء لدى إختيارهم القواعد الموضوعية لحكم النزاع، وأهمها- كما جرى عليـه الفقـه- النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، بالإضافة إلـى قـوانين البوليس ذات التطبيق الضروري أو المباشر(1). وسنبحث في أثر هذه القيود علـى حكم التحكيم من حيث الإعتراف به وتنفيذه، أو بطلانه بسبب مخالفة الحكم للنظـام العام.

وقبل الدخول في صلب الموضوع، يجدر بنا التنويه إلى أننا في هذه المقـام لسنا بصدد بحث مشاكل النظام العام في التحكـيم فـي العلاقـات الخاصـة بكـل تفصيلاتها، ولا موضوع البطلان كنظرية راسخة في فقه القانون العام والخـاص، ولا أحكام التنفيذ بكل جوانبها، فكل موضوع منها يحتاج إلـى بحـث متخـصص وموسع للإحاطة بكافة جوانبه، ولن تسعفنا صفحات هذا البحث المعدودة في إيفـاء كل منها حقها، ولكننا سنعرج للحديث عنها بما يخدم موضوع البحث ويتـسق مـع أهدافه.

1- يضيف بعض الشراح قيداً رابعاً هو" الغش نحو القانون" وهو قيد يرد على إرادة الأطراف للحد منها في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ قد يعمـد الأطـراف إلى الهروب من الأحكام الآمرة في النظام القانوني المفترض خضوع العقـد المبـرم بـين الطرفين له وتؤدي إليه جميع المؤشرات، وإختيار قواعد أخرى تخالف هدف المشرع مـن وضع قواعد الإسناد. راجع خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق علـى موضوع النزاع، ص123-124، والمراجع المشار إليها فيه.

وعلى هدي من ذلك، سنتكلم عن هذه القيود والمشاكل التي تثيرهـا، ونبـدأ بفكرة النظام العام من زاوية القانون الداخلي، وتطبيق الفكرة على ضـوء قواعـد القانون الدولي الخاص، ومن ثم وجود الفكرة من زاوية القانون الدولي، وأخيراً القيد المتمثل بقوانين البوليس والأمن المدني.

1.2 النظام العام الداخلي

من القيود التي ترد على حرية المحتكمين في إختيار القـانون الـذي يحكـم أساس النزاع، النظام العام الداخلي. فما المقصود بفكرة النظام العام، وما المقـصود بفكرة النظام العام المعتبر سبباً لبطلان حكم المحكم على ضوء نص المـادة 49/ب من قانون التحكيم، هل يعني أن هيئة التحكيم قد فصلت في النزاع بالمخالفة لإحدى القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام؟

وهل ثمة شرط بإقتران النظام العام بالآداب العامة لإعتباره قيداً على حريـة الفرقاء في اختيار القانون الذي يحكم النزاع، وهل يشترط أن تتعلق مخالفة النظـام العام بالقواعد الموضوعية فقط، ألا يمكن أن تتعلق بإجراءات التقاضي؟ وإلـى أي مدى تعتبر المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم من النظام العام؟

هذه الأسئلة وغيرها سنحاول الإجابة عليها فيما يلي، ونبـدأ مـن تعريـف الفكرة، ومن ثم تكييف العلاقة بين النظام العام والقواعد الآمرة، وأخيراً أمثلة لقواعد النظام العام في القانون الأردني والمقارن.

1.1.2 مفهوم النظام العام Public Order

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة، حيث يقترن إستخدام مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بكافة فروعه بالكلام عـن القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، فالنظام العـام يعد قيداً على سلطان الإرادة[1].

1- سلامة، احمد عبد الكريم، (بدون سنة نشر)، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص225.

وبالرغم من إستخدام المصطلح بكثرة في العديد من الإتفاقيات الدولية، وفـي أغلب التشريعات الوطنية، إلاّ أنه ليس هناك تعريفاً محدداً ومتفقاً عليـه لمـصطلح النظام العام؛ ولكن يمكن القول بأن هذه الفكرة مرتبطـة بالأسـس الاجتماعيـة أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في كل دولة من الدول، مما يتعلـق بالمـصلحة العليا للمجتمع[1].

وقد إتخذ المشرع من النظام العام معياراً للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة، ولكنه لم يضع تعريفاً له ولم يحدد فكرته[2]. وقد حاول الفقه[3] والقـضاء معالجة ما أغفله المشرع، ولكن محاولاتهما قد باءت بالفشل نظراً لأن فكرة النظـام العام هي إحدى الأفكار القانونية التي تستعصي على التعريف لمرونتهـا وتغيرهـا بتغير الزمان والمكان، فما يعتبر من النظام العام في دولة ما في وقت مـا، قـد لا يعتبر كذلك في وقت لاحق، وإزاء هذه الصعوبة، إكتفى الفقه بتقريب هذه الفكـرة إلى الأذهان باللجوء إلى تعريفات مطولة له.

ومن إستقراء العديد من التعريفات التي وضعها الفقهاء لفكرة النظام العـام، نجد أن جلّها ينصرف إلى القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسـية أو إجتماعية أو إقتصادية، يقوم عليها بناء وكيان المجتمع، بحيث لا يتصور بقاء هـذا الكيان سليماً دون إستقراره عليها.

المادة 3/163 من القانون المدني نصت على:

1- حداد، حمزة أحمد، 2008، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القـوانين العربيـة، ورقة عمل مقدمة لملتقى مكـة الثـاني للتحكـيم، 20-2008/5/21، ص4 ومـا بعـدها، http//www.lac.comjo، وأنظر لمزيد من التفاصيل انظر: حداد، حمزة، التحكـيم فـي القوانين العربية، 2007، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، فقرة 566 وما بعدها.

2- الرفاعي، أشرف عبد العليم، 1997، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصـة الدوليـة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص11.

3- مرقص، سليمان، 1987، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، (بدون مكان نشر)، ص 138.

"ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالإنتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الإستثنائية".

وقضت محكمة التمييز: " إن المصلحة المعتبرة من قواعد النظام العام هي مصلحة يتوجب على جميع الأفراد مراعاتها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية؛ لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"[1].

ومحكمة النقض المصرية عرفته بأنه يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصلحة الأفراد[2].

فالنظام العام بهذه المعنى يعتبر قيداً على حرية الأطراف في إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ويكاد أن يجمع الفقه على أن تعارض القانون الذي يختاره الأطراف مع النظام العام في بلد التنفيذ يجيز للقاضي والمحكم ألاّ يطبقا ذلك القانون، ما دام لا يتفق مع القواعد الآمرة في بلد التنفيذ، أو حتى لتعارضه مع أي قانون آخر وثيق الصلة بالعقد[3].

ولكن يلاحظ هنا أنه ليس كل قاعدة آمرة تعتبر من النظام العام الدولي، ما دام أنها لا تمس الأسس السياسية أو الإقتصادية أو الخلقية في المجتمع، وترتيباً على ذلك، فإنه يجوز تطبيق القانون الأجنبي على الحالة المعروضة حتى لو كان ذلك القانون يخالف قاعدة آمرة في القانون الوطني، ما دام أنها ليست من النظام العام

1- تمييز حقوق رقم 1983/252(هيئة خماسية)، تاريخ 1983/1/29، منشور على الصفحة 358 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1984/1/1.

2- مشار إليه في : الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ص12.

3- أنظر خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ص124، والمراجع المشار إليها فيه.

بهذا المفهوم. وقُضي بأنه لا مخالفة للنظام العام إلا حيث يكون هناك إنتهاكاً للمبادئ الأساسية الدنيا للأخلاق والعدالة، أو انتهاكاً للحياة العامة والإقتصادية في الدولة[1].

وبالعكس، فإن كل قاعدة قانونية متبعة في الدولة على انها آمرة بمـا يمـس إحدى هذه الأسس ولا يجوز بالتالي الإتفاق على خلافها؛ هي مـن النظـام العـام بالمعنى المقصود[2].

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز:

" يجوز التعاقد على ما يخالف القواعد القانونية الموضوعة لمصلحة المتعاقدين، أما القواعد القانونية الأخرى التي يمنع الإتفاق على ما يخالفها، فـإن الـشرط الـوارد

1- أنظر حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية، ص5، والأحكـام القضائية المشار إليها فيه.

2- تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها الملزمة إلى قواعد آمرة وقواعد مكملـة أو مفـسرة. فأما الأولى، فهي القواعد وثيقة الصلة بكيان المجتمع ومصالحه الأساسية، ولا يجوز للأفراد الخروج عليها أو مخالفتها، ووفقاً للمعيار الشكلي الذي يعتمد أساسا الرجوع إلـى الألفـاظ والعبارات الواردة في نص القاعدة القانونية لمعرفة ما إذا كانت آمرة أو مكملـة، فإنـه إذا إستعمل المشرع لفظ (باطل، لا يجوز، يجب، يلزم، يقع باطلا، يعاقب) أو ما شابه ذلـك، فإن القاعدة تكون آمرةً. أما القواعد المكملة أو المفسرة، فهي قواعد تحكـم الـروابط بـين الأفراد وتتصل بمصالح فردية خاصة، ولا تستأثر الجماعة بوضعها، مما يجعلها تفتقر إلـى الطابع الإلزامي ويجوز للأفراد الخروج عليها ومخالفتها وفقاً لإرادتهـم. ووفقـاً للمعيـار الموضوعي أو المعنوي- الذي يصار للأخذ به عند تعذر إعمال المعيـار الـشكلي- فـإن القاعدة إذا كانت متعلقة بالمصالح الأساسية التي ينهض عليها المجتمع، فإنها تكون آمـرةً، أما إذا لم تتعلق بمثل هذه المصالح، أو كانت تنظم مصلحة خاصة بين الأفراد، وليس فيهـا مساس بكيان الجماعة أو مصالحها الأساسية ، فإنها تكون مكملـةً. والتفرقـة بـين هـذين النوعين من القواعد بالغ الأهمية، من جهة أن القواعد الآمرة تلغي دور الإرادة وحريتهـا، لأن كل اتفاق على مخالفتها لا يرتب أثراً، وذلك خلافاً للقواعد المكملة التي يجوز الاتفـاق على خلافها.

بشأنها في إتفاق التحكيم هو الذي يعتبر باطلاً، بينما يعتبر إتفـاق التحكـيم ذاتـه صحيحاً وملزماً للفريقين"[1]

أما الآداب العامة، فهي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين لها الجماعة فـي بيئة معينة وعصر معين، فهي بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقي لقواعد النظام العـام، وليس المقصود بالآداب العامة كل قواعد الأخلاق، وإنما يقصد بها قدراً مـن هـذه القواعد تمثل الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة[2].

وهذه الفكرة بشقيها(النظام العام والآداب العامة) فكرة نسبية مرنة متطورة، تختلف بإختلاف الظروف والزمان والمجتمعات، وتختلف من دولة لأخرى، بل قـد تختلف من مدينة لأخرى في الدولة الواحدة.

لا شك في صعوبة تحديد هذه القواعد، لغموض فكرة النظام العـام ذاتهـا، ولعدم تطابقها مع النصوص الآمرة في القانون، الأمر الذي يلقي بعبء تحديد هـذه القواعد على عاتق القاضي الذي سينظر دعوى البطلان. كما تثـور هـذه الفكـرة بصفة خاصة عندما يكون المحكم مفوضاً بالصلح؛ حيث لا يملك المحكم بتلك الصفة إستبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام، كتلك التي تتعلق بتنظـيم بعـض الأسـواق المالية، أو بتنظيم أعمال البنوك والبورصة[3].

ففكرة النظام العام إذاً تضيق وتتسع تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع، فهـي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تسرف في الإعتداد بحرية

1- تمييز حقوق رقم1965/313، تاريخ 1965/10/31، مجلة نقابة المحـامين لـسنة 1966، ص53.

2- فالآداب العامة مجموعة من القواعد والمبادئ التي وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود العلاقات الاجتماعية بينهم، ويعتبر الدين والعرف والعادات والتقاليد أهم العوامل التي تشكّل هذه المنظومة من القواعد.

3- أنظر: بركات، الطعن في أحكام التحكيم، نبذة 59، ص 93، والأحكام القضائية المشار إليها فيه.

الفرد وتعطّل الصالح العام، بينما تتّسع في ظل المبادئ الاشتراكية التي تسرف في مصلحة المجموع، وتضحي في سبيلها بالمصلحة الفردية[1].

ولكن هل يمكن التمسك بالطابع الآمر للنصوص الوطنيـة لتحـدي أحكـام التحكيم الصادرة في علاقات تجارية دولية؟

إن المستقر عليه في ظل أحكـام التحكـيم الخاضـعة لإتفاقيـة نيويـورك لسنة1958 "New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards"، أن التمسك ببطلان اتفاق التحكيم أو محاولة منع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، لا يجوز خارج نطاق القواعد التي تضمنتها الإتفاقية، ممـا يحول دون التحدي بالنصوص الوطنية، حتى الآمر منها خارج النطاق الذي تـسمح به الإتفاقيات الدولية الملازمة للأردن[2].

ومما لا شك فيه أن للدولة سلطة منع تنفيذ أو عدم الإعتراف بأحكام التحكيم التي تصطدم بالأسس الإقتصادية والإجتماعية والسياسية التي يقـوم عليهـا كيـان الدولة، أي تلك التي لا تتوافق مع الصفة الآمرة، التي يبتغي بها المـشرع حمايـة المصالح العامة.

وتأسيساً على ما سبق، فإن حكم التحكيم الذي يتضمن ما يخالف النظام العام في الدولة المرفوعة أمام محاكمها دعوى بطلان الحكم أو تنفيذه، يكون عرضةً لعدم التنفيذ في تلك الدولة حتى لو كان صحيحاً أو قابلاً للتنفيذ في دولـة أخـرى لعـدم مخالفته النظام العام فيها.

لذلك يجب على الأطراف عند إختيارهم للقانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه ضرورة مراعاة القواعد الآمرة في القانون المختار، وذلك لأن دمج القانون المختار في العقد لا يفقده عناصره الآمرة[3].

1- عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد، والدسوقي، إنعام السيد، تأثير النظام العـام علـى حكـم التحكيم وتنفيذه، ص3- 4 http//www.4shared.com/get/57113408/31e6c78a/---4--.html

2- البريري، التحكيم التجاري الدولي، نبذة81، ص136.

3- الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، ص 660.

2.1.2 تكييف العلاقة بين النظام العام والقواعد الآمرة

قلنا أن القاعدة المتعلقة بالنظام العام والآداب هي قاعدة آمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، وإلاّ وقع هذا الإتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً، والبطلان المطلق- كما نعلم- يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها. أما البطلان النسبي فيتقرر لمصلحة شخص معين بالذات بقصد حمايته وحده، وبالتالي لا يجوز لغير هذا الشخص التمسك به[1].

فصفة الإلزام في القواعد الآمرة تبدو واضحة لا تثير أدنى شك،لأن هذه القواعد- كما بينا- لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها، فيما يجوز الإتفاق على ما يخالف القواعد المكملة أو المفسرة.

والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها عند مخالفته لها، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم قبل البعض الآخر.

وبالنتيجة نخلص إلى القول أن ثمة علاقة تبادلية بين مفهوم النظام العام وبين القواعد الآمرة، فالنظام العام هو السبب في إكتساب بعض قواعد القانون صبغتها الآمرة وهو ما يبرر من ناحية وجود قواعد توصف بأنها قواعد أو نصوص آمرة في قانون التحكيم، كما يبرر من ناحية أخرى البطلان كجزاء على مخالفة ما يتعلق بالنظام العام.

ولذلك حرصت كل التقنينات على إرساء فكرة النظام العام وترسيخها في مختلف تشريعاتها بالرغم من تمايز المفهوم وإختلافه بإختلاف الزمان والمكان، ولكن الثابت هو إعلاء هذه الفكرة بما تحمله من حماية لمصالح الدولة السياسية والإقتصادية والإجتماعية على المصلحة الفردية؛ وليس أدل على ذلك من تقرير البطلان على كل تصرف أو عقد يصطدم بهذه الفكرة.

إذ تنص المادة 49/ب من قانون التحكيم على أن" تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها by its own initiative ببطلان حكم

1- تناغو، سمير عبد السيد، 1985، النظرية العامة للقانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، بند36، ص106.

التحكيم nullify the award فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها the subject-matter of the dispute is not capable of being subject to arbitration"

كذلك تنص المادة 29 من القانون المدني على أنه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية ".

وهكذا بعد أن بينا المراد من فكرة النظام العام، وبينا الضابط في إعتبار قاعدة ما قاعدة آمرة أو مكملة، وتعرفنا علاقة الأولى بفكرة النظام العام، ننتقل فيما يلي لإستعراض بعض الأمثلة لقواعد النظام العام في الأردن وبعض القوانين المقارنة.

3.1.2 أمثلة على النظام العام الداخلي

إن الأمثلة على مخالفة النظام العام في القانون الأردني كثيرة ومتعددة، ومثالها الإختصاص النوعي والموضوعي للمحاكم[1]، أما الإختصاص المكاني للمحاكم فلا يدخل في مفهوم النظام العام[2]، والوصية فيما يزيد على ثلث أموال الموصي، إذ تنفذ في حدود الثلث[3]، كذلك التحكيم فيما لا يجوز فيه التحكيم[4]،

1- أنظر تمييز حقوق رقم66/490، مجلة نقابة المحامين، 1967، ص 307. وتمييز حقوق رقم 2002/2723(هيئة خماسية)، تاريخ 2003/1/7، منشورات مركز عدالة. وتمييز حقوق رقم 1994/1235(هيئة خماسية)، تاريخ 1995/4/20، منشورات مركز عدالة.

2- تمييز حقوق رقم 1988/783(هيئة خماسية)، تاريخ 1989/2/12، منشورات مركز عدالة.

3- تمييز حقوق رقم 75/19، مجلة نقابة المحامين، 1975، ص1235.

4- تنص المادة 49/ب على أن" تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها". وتنص المادة 9 على أنه"... ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح". لذا فإن المنازعات غير القابلة للتحكيم هي المتعلقة بالأحوال الشخصية، والجنسية وتلك المتصلة بالنظام العام. للمزيد حول المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، أنظر: أبو الوفا، أحمد، 1988، التحكيم الاختياري والإجباري،=

بالإضافة إلى إجراءات التقاضي[1].

كما تعتبر القواعد المتعلقة بالإختصاص القضائي فيما عدا الإختصاص المحلي من النظام العام، وكل إتفاق على خلاف تلك القواعد يكون باطلاً، لكونه يهدر المصلحة العامة التي إستهدفها المشرع بتوزيع العمل على جهات القضاء وعلى طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة[2].

وقد تحدث مخالفة النظام العام بسبب عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه، إذ يصدر الحكم عندئذٍ ممن لا ولاية له في إصداره، ويخالف قاعدة ولاية محاكم الدولة بالقضاء، وهي متعلقة بالنظام العام[3].

وتبرز فكرة النظام العام بوضوح في مجال المعاملات المالية فيما يتعلق بمسائل الفوائد وتداول النقد الأجنبي وعمليات السمسرة، لأنه غالباً ما تقوم الدولة بوضع حد أدنى وحد أقصى لتلك المعاملات، بما يتفق مع أنظمتها الاقتصادية التي تشكل جزءاً هاما من النظام العام الذي يهدف لحماية المصالح العليا للجماعة. والعقد

=الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص72 وما بعدها/هاشم، محمود،1990، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 146 وما بعدها.

1- أنظر تمييز حقوق رقم 2009/15(هيئة خماسية)، تاريخ 2009/6/28، منشورات مركز عدالة. وتمييز حقوق رقم 2009/212(هيئة خماسية)، تاريخ 2009/6/28، منشورات مركز عدالة.

2- أنظر قواعد الإختصاص في المواد27-47 من قانون أصول المحاكمات المدنية. وأنظر قرار محكمة التمييز الذي جاء فيه أنه " ليس في القانون ما يجعل لمسألة الإختصاص علاقة في صحة إتفاق التحكيم، وذلك لأن الإتفاق على التحكيم لا يخرج عن كونه عقداً عادياً يتم برضاء الطرفين وإختيارهما، وهو لذلك يعتبر عقداً صحيحاً سواء تم أمام المحكمة أم خارجها، وسواء أكانت تلك المحكمة التي وقع الإتفاق أمامها مختصة بالنظر في أصل النزاع الذي أُحيل على التحكيم أم لم تكن". تمييز حقوق رقم 132/1954، مجلة نقابة المحامين لسنة 1954، ص800.

3- أنظر: والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص606، والأحكام القضائية المشار إليها فيه.

واحد من الوقائع الإجتماعية التي يجب أن تخضع للقانون الذي تـضعه الجماعـة، وبالتالي لا يرتب العقد آثاره إلاّ في حدود ما يسمح به القانون[1].

ومن الأمثلة على حالات مخالفة النظام العام، الإتفاق المـسبق علـى عـدم الطعن ببطلان حكم التحكيم[2]، وإصدار قاضي الأمور المستعجلة لقـرار خـارج نطاق إختصاصه، وعدم جواز التأمين من الخطأ العمدي، والإتفاق علـى تـشغيل العامل ساعات إضافية بما يزيد على الحد القانوني، والعقود التي يكون أحد أطرافها عديم الأهلية، أو يكون محلها مستحيلاً أو غير مشروع، مثل المخدرات والرشـوة والدعارة والإتجار بالرقيق الأبيض، أو المتعلقة بالمسؤولية الجزائية عموماً[3].

وقد طرحنا تساؤلاً عند إستهلالنا الحديث عن النظام العام الـداخلي، بمـدى تعلق مخالفة النظام العام بإجراءات التقاضي، وهل يـشترط أن تتـصل المخالفـة بالقواعد الموضوعية فقط؟

ونجيب على ذلك بالقول أنه ليس ثمة شرط بإقتران مخالفـة النظـام العـام بالقواعد الموضوعية، بل قد تتعلق بإجراءات التقاضي، ومثال ذلك مخالفـة هيئـة

1- نقلاً عن: خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون واجب التطبيق على موضـوع النـزاع، ص125. أنظر قرار محكمة التمييز الذي جـاء فيـه "... وحيـث أن القـوانين المتعلقـة بالضرائب والرسوم تعتبر من القوانين الوطنية الآمرة لتعلقها بالنظام العام، فإنـه يتوجـب على المحكمين احترامها ويكون للمحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان أن تحكم مـن تلقاء نفسها ببطلان التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، طبقـاً لأحكـام الفقرة ب من المادة 49 من قانون التحكيم". تمييـز حقـوق رقـم 2006/201، (هيئـة خماسية)، تاريخ 2006/8/21، منشورات مركز عدالة.

2 – قارن قرار محكمة التمييز الذي قضى بأنه "إذا اتفق فريقا الخصومة فـي إتفـاق التحكـيم المتكون بينهما على أن يكون حكم محكمة البداية بالتصديق على قرار المحكمين قطعياً غير قابل للطعن، فإن هذا الاتفاق يعتبر ملزماً للمتعاقدين حسب أحكام المادة 177 مـن قـانون أصول المحاكمات المدنية". تمييز حقوق رقم 2001/943، تاريخ2001/10/7، منـشورات مركز عدالة.

3- نقلاً عن : حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام في القوانين العربية، ص16 وما بعدها.

التحكيم لقاعدة أساسية في الإجراءات، من مساواة بين الأطراف[1] واحترام مبدأ المواجهة، وإعطاء الفرصة الكافية لكل منهم لتقديم مذكراته ودفوعه وبيناته دون تحيز لطرف على حساب طرف آخر؛ وفق ما تقدره الهيئة حسب الظروف المحيطة.

ومثال ذلك أيضاً تقديم وثائق مزورة تعتمد عليها الهيئة في حكمها، بالرغم من إكتشاف التزوير قبل صدور الحكم، أو تعرض على الهيئة مسألة تخرج عن إختصاصها، مثل الطعن بالتزوير، فتفصل الهيئة فيه ولا تحيله للجهة القضائية المختصة[2]، أو لا تتوفر الأغلبية المطلوبة في حكم التحكيم، أو يصدر الحكم دون مداولة أو مناقشة بين أعضاء هيئة التحكيم [3].

1- تنص المادة 25 من قانون التحكيم على أن" يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه أو دفاعه". وقد قضي بأن" تقديم البينات هي من حقوق الخصوم ولا تتعلق بالنظام العام، وحيث أن المستدعي قصر في حق نفسه ولم يقدم الإتفاقية للمحكمة، فإنه لا يمكن للمحكمة بسط رقابتها إلى قرار المحكم فيما إذا تقيد بالثوابت المتفق عليها في حل النزاع أم لا". تمييز حقوق رقم 2001/1549، تاريخ 2001/10/18، منشورات مركز عدالة. ومثال مخالفة الإجراءات، ما جاء في نفس القرار قوله" إذا كان المحكم خلال إجراءات التحكيم وحتى إصداره الحكم لم يتقيد بإجراءات أصول المحاكمات المدنية، من حيث وجود محاضر جلسات التحكيم وسماع بينات الطرفين الخطية والشخصية، وتسجيل ذلك في محاضر رسمية تشمل إجراءات التحكيم، وإن ملف الدعوى يفتقر إلى تلك المحاضر، وإن المحكم في قراره لم يبين سبب عدم تقيده في إصدار القرار خلال المدة المقررة وفقاً لأحكام المادة 5/3 من قانون التحكيم، وفيما إذا جرى تمديد المدة بإتفاق الطرفين أم لا، فإن ما يترتب على مخالفة ذلك بطلان إجراءات التحكيم، لأن المحكمة بصفتها محكمة موضوع لا تستطيع من بسط رقابتها في مراقبة وتنفيذ وتطبيق مشارطة التحكيم وتطبيق القانون دون ذلك".

2- أنظر المادتين 38 و 43 من قانون التحكيم.

3- أنظر المادة 49/أ/7 من قانون التحكيم.

ومثاله أيضاً أن يصدر الحكم ويوقع من قبل شخص يوكله المحكم بذلك وليس المحكم نفسه، أو يكون الحكم من حيث الشكل مليئاً بالشطب والإضافات والتعديلات بشكل ممسوخ، ودون توقيع بجانب ذلك من المحكمين[1].

ومثال الإجراءات المخالفة للنظام العام أيضا، عدم تفويض الأطراف التحكيم بالصلح صراحة[2]، ومع ذلك تصدر الهيئة الحكم على أساس التحكيم بالـصلح، أو يتفق الأطراف أثناء الإجراءات على تسوية نزاعهم ودياً، ويطلبون من الهيئة تثبيت ذلك في المحضر ومن ثم إصدار حكم بهذه التسوية، فترفض الهيئة ذلك؛ وتـصدر حكماً بنتيجة التسوية دون بيان شروطها وأحكامها، أو عدم السماح لأي من الطرفين بتعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو إستكمالها، رغم عدم منازعة الطرف الآخر بذلك، وكان التعديل لا يعيق الفصل في النزاع[3].

وعودة لنص المادة 49، والتي عددت في الفقرة (أ) منها سبعة بنـود لقبـول دعوى بطلان حكم التحكيم، وفي الفقرة (ب) قررت بأن المحكمة المختصة[4] التـي

1- أنظر المادتين 41/أ والمادة 46 من قانون التحكيم.

2- أنظر المادة 36/د من قانون التحكيم.

3- أنظر المادة 31 من قانون التحكيم.

4- المحكمة المختصة " محكمة الإستئناف التي يجري ضمن دائرة إختصاصها التحكيم ما لـم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في المملكة"، م2/أ من قانون التحكيم. فمحكمة الإستئناف المختصة Competent Court of Appeal بهذا المفهوم الجغرافي هي صاحبة الصلاحية بالنظر في أي طلب تتقدم به هيئة التحكيم لمـساعدتها فـي إجـراءات التحكيم، مثل دعوة شاهد أو خبير(المـادة 8)، وفـي تعيـين المحكمـين فـي أحـوال معينة(المادة 16)، وفي رد المحكم (المادة 18)، وبإنهاء مهمته(المادة 19) وفي إصـدار التدابير المؤقتة أو التحفظية التي تقتضيها طبيعة النزاع (المادة 23)، وفي الطعن بأتعاب المحكمين(المادة 41/د)، وفي إبطال قرار التحكيم من تلقاء نفسها(المـادة 49/ب)، وفـي النظر بدعوى بطلان قرار التحكيم(المادة 51)، وفي طلب تنفيذ هذا القرار(المادتان53/ب، 54). ومن الجدير ذكره في هذا المقام أن قانون التحكيم الساري رقم 31 لسنة 2001 قـد أصبح نافذ المفعول بتاريخ 2001/8/16، وقد سلب إختصاص محكمة البداية بـالنظر فـي طلبات التحكيم وجعلها من إختصاص محكمة الإستئناف.

تنظر دعوى البطلان تقتضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمنه مـن مخالفة للنظام العام في المملكة[1].

يلاحظ هنا أن المحكمة المختصة لا تتعرض لمسألة بطلان حكم التحكيم فـي الحالة الواردة في المادة49/أ من تلقاء نفسها، ولكن يجب أن يتمسك أحد الخـصوم بهذا البطلان. أما فيما يتعلق ببطلان حكم التحكيم لمخالفته النظام العام فـي الأردن (الفقرة ب من المادة 49)، فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[2].

والنص السابق ينسجم مع نص المادة 25 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تقضي بأنه" لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلاّ من شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك كله فيما عـدا الحـالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، ويزول البطلان إذا نزل عنـه صـراحةً أو ضمناً من شرع لمصلحته، فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها بالنظام العام".

ومن خلاصة ما سبق، يمكن القول أن النظام العام الداخلي من أهم القيود التي يجب على الفرقاء وهيئة التحكيم- على السواء- مراعاته عند إختيارهم للقـانون أو القواعد التي تحكم النزاع، ويمكن القول كذلك أن الإرادة بما لها من سـلطان فـي عملية التحكيم، إلاّ أنها لا تملك مخالفة القواعد الآمرة المتصلة بالنظام العـام، وإلاّ كان البطلان جزاء لهذه المخالفة. فما يميز النظام العام هو الجزاء الـصارم الـذي

---

1 - أنظر تفصيلاً في موضوع الطعن في حكم المحكمين والدعوى ببطلانه: الحـداد، حفيظـة السيد، 1999، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية./ والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 541 وما بعدها. وسنعاود بحث موضوع البطلان في الفصل الثالث من هذه الرسالة.

2 - ليس للمحكمة أن تقضي ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها إلاّ إذا كانت هنـاك دعـوى بطلان مرفوعة أمامها من احد أطراف خصومة التحكيم، ففي هذه الحالة إذا تبين للمحكمـة أن هناك سبباً لبطلان الحكم متعلقاً بالنظام العام في الأردن، غير السبب الذي إستندت إليـه الدعوى، أو كان هو نفس السبب الذي إستندت إليه الدعوى، ولكن لـم تتـوافر الـصفة أو المصلحة في المدعى بشأنه، فإن المحكمة تقضي ببطلان حكم التحكيم لهذا السبب المتعلـق بالنظام العام من تلقاء نفسها. والي، قانون التحكيم فـي النظريـة والتطبيـق، نبـذة 338، ص608.

يتعلق به، فالبطلان الناشئ عن مخالفة النظام العام يستطيع أن يتمسك به أي طرف من أطراف الدعوى، وتستطيع النيابة العامة التمسك به، ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يمكن إثارة الدفع بالنظام العام في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، ويمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز، إذ يترتب على مخالفة قواعد النظام العام بطلان الإتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة بطلاناً مطلقاً، كما أنه لا تلحقه الإجازة[1].

4.1.2 إختلاف مفهوم النظام العام في القانون الداخلي عن فكرة النظام العام من زاوية القانون الدولي الخاص

يهدف النظام العام في القانون الدولي الخاص Private International Law إلى حماية المبادئ والأسس العامة، الإقتصادية والإجتماعية والسياسية، التي يقوم عليها كيان المجتمع، وهو ذات الهدف الذي تسعى لتحقيقه فكرة النظام العام في القانون الداخلي ولكن بطريقة مختلفة، فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة الوطنية، فهو شق فيها وحامٍ لها، أما في القانون الدولي الخاص، فتحقيق هذه الحماية يتم عن طريق دفع يتم بمقتضاه إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك حينما تتعارض أحكامه مع المبادئ والأسس العامة الإقتصادية والإجتماعية والسياسية في دولة القاضي[2].

1- يراعى هنا أنه إذا أمكن تجزئة الحكم فيما يتضمنه من مخالفة للنظام العام، جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي. المادة (1/أ/54) من قانون التحكيم. أنظر قرار محكمة التمييز الذي جاء فيه أنه" إذا خرج المحكم عن إتفاق التحكيم فلا يبطل حكمه برمته وإنما يبطل الجزء الذي خرج فيه المحكم عن إتفاق التحكيم إذا كان حكمه بطبيعته قابلاً للتجزئة، لأنه لم يرد في القانون ما يمنع من تجزئة حكم المحكم إذا كان قابلاً للتجزئة". تمييز حقوق رقم 2002/1277، تاريخ2002/10/6، منشورات مركز عدالة.

2- نقلاً عن سلامة، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، ص 225.

وبكلمات أخرى، فإن دور النظام العام في مجال القانون الداخلي يتعلق دائماً بمضمون هذا القانون وأثره المباشر على علاقات الأفراد، ولـذلك فالنظـام العـام يتجسد في قواعد القانون الآمرة، ويتمثل أثره في بطلان التصرف المخالف.

أما في القانون الدولي الخاص، فدور النظام العام يتعلق بمجرد إسناد الولاية لقانون من القوانين المتنازعة، تحقيقاً للتعايش بين النظم القانونية المختلفة، تعايـشاً يفترض أخذ المصالح التي تحميها هذه النظم بعين الإعتبار. ولذلك فالنظـام العـام يقف عند حد المبادئ التي تشكل ذاتياً النظام القانوني الوطني، وأثره ينصب علـى القانون الأجنبي الواجب التطبيق؛ إستبعاداً له وإحلالاً للقانون الوطني محله، كلمـا كان مجافياً لهذه المبادئ[1].

تنص المادة (29) من القانون المدني الأردني على أنه "لا يجوز تطبيـق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظـام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية[2]".

يظهر جلياً من هذا النص أن المشرع الأردني قد سـمح بتطبيـق القـوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض، بشرط عدم مخالفة القانون الأجنبي الـذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية للنظام العام في الأردن.

فإتساق الحكم مع النظام العام في الأردن يعد شرطاً لصحته وشرطاً لتنفيذه، وقد يثير ذلك تساؤلاً حول مدى توافق ذلك مع نصوص إتفاقيـة نيويـورك لـسنة 1958 التي إنضمت إليها الأردن، والتي تشترط لتنفيذ حكم التحكـيم الأجنبـي ألاّ يكون مخالفاً للنظام العام في البلد المطلوب تنفيذه فيه.

للإجابة عن هذا التساؤل، نفرق بين فرضين، الأول : حالة الإتفـاق علـى تطبيق قانون التحكيم الأردني على التحكيم التجاري الدولي، سواء تم في الأردن أو في خارجها، وتنفيذ حكم التحكيم في الأردن كذلك. ففـي هـذا الفـرض لا يوجـد

1- نقلاً عن: الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبـذة 193، ص 284.

2- تقابلها المادة (28) من القانون المدني المصري، والمـادة (6) مـن القـانون المـدني الفرنسي.

إختلاف بين فكرة النظام العام التي يجب أن يتّسق معها الحكم لئلا يكـون بـاطلاً، وتلك التي يجب ألا يخالفها الحكم حتى يتسنى إصدار أمر بتنفيذه، فالنظام العام فـي الحالتين هو النظام العام الأردني.

أما الفرض الثاني، ففيه يصدر حكم التحكيم في الأردن ولا ينفذ فيه، وإنمـا ينفذ في الخارج، ففي هذه الحالة قد تختلف فكرة النظام العام في الأردن عنها في بلد التنفيذ، وأياً كان الأمر فإن الحكم لكي يكون صحيحاً لا بد من إتّساقه مـع النظـام العام المحلي (الداخلي) في الأردن ولكي يصدر أمر بتنفيذه، يجب ألاّ يخالف النظام العام لبلد التنفيذ وفقاً لإتفاقية نيويورك[1].

ومن المفيد هنا التفرقة بين قابلية موضـوع النـزاع للتحكـيم the subject-matter of the dispute capable of being subject to Arbitration، وقابليتـه للخضوع لأحكام قانونية مغايرة لأحكام القانون الأردني، فالمنازعات العقارية هـي منازعات تقبل التسوية بطريقة التحكيم ولكن لا يجوز للمحكمين الفصل فيها وفقـاً لقانون أجنبي، إذ تعتبر العقارات جزءاً من إقليم الدولة، كـذلك الأحكـام المتعلقـة بالفعل الضار والفعل النافع، إذ تخضع جميعها لقانون الإقليم الذي تمت فيه[2].

ومن خلال ما سبق يتضح بأن النظام العام يلعب دوراً هاماً كأداة لإسـتبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، فهو بمثابة صمام الأمـان الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع[3].

فالأسلوب المتبع في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي من شـأنه إمكانيـة تطبيق القاضي لقانون أي دولة من دول العالم، طالما أن هذا القانون قد أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانونه، فإذا تبين للقاضي أن تطبيق القانون الذي عينتـه قاعـدة

1- عبد الحميد، رضا السيد، 2003، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القـاهرة، ص 135 – 136.

2- العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، نبذه 31، ص 115 / عمر، التحكـيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، نبذة 137، ص 159.

3- صادق، هشام، 1993، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 297.

الإسناد يتعارض مع الأسس والمبادئ الجوهرية في مجتمعه، ففي هذه الحالة يتعين عليه إستبعاد هذا القانون بإسم النظام العام[1].

وإذا كان هناك شبه إجماع على إختلاف مفهوم النظام العـام فـي القـانون الداخلي، عنه في القانون الدولي الخاص، فإن مما لا شك فيه أن المفهوم فـي هـذا الأخير يشكل عائقاً أمام تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعـدة الإسـناد الوطنية، إذا كان تطبيقه يتعارض مع المبادئ السياسية والإقتصادية أو الإجتماعيـة أو الخلقية التي يقوم عليها المجتمع الدولي، فنطاق إعمال فكرة النظام العـام فـي القانون الدولي الخاص يكون أكثر تحديداً من نطـاق إعمالهـا بالنـسبة للقـانون الداخلي[2]. ونظراً لأن المحكم ليس له قانون إختصاص – كما سبق أن بينا – فإنه لا يكون ملزماً بإحترام المفاهيم الوطنية للنظام العام، ويكون فقط ملزمـاً بـإحترام المفاهيم الدولية.

ومما يجب تأكيده هنا أن النظام العام بالمعنى الوارد فـي القـانون الـدولي الخاص والمتعلق بدولة ما، لا يطبق أمام المحاكم التحكيمية، بل أمام محاكم الدول، فالمحكم يطبق النظام العام بالمعنى الوارد في القانون الدولي الخاص (النظام العـام لقانون العقد) في حالة عدم تعارضه مع "النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي" والذي سنبحثه في موضع آخر من هذه الرسالة.

فهدف النظام في القانون الدولي الخاص يكمن في فرض إحتـرام الأسـس السياسية أو الإقتصادية أو الإجتماعية أو الخلقية في قانون القاضي، ويستمد مصدره من الأنظمة القانونية الوطنية، بينما مجال النظام العام الدولي الحقيقي – كما سيجيء – يكمن في فرض إحترام القواعد الآمرة لنظام دولي حقيقي يستمد مـصدره مـن الأدوات الدولية[3].

1- أنظر الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصـة الدوليـة، ص 23، والمراجـع المشار إليها فيه.

2- الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ص 24.

3- من هذه الأدوات المعاهدات الدولية التي ينضم إليها الأردن. أنظر نص المادة (24) مـن القانون المدني الأردني، والتي تنص على أن " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نـص

وسنرجئ بحث أثر النظام العام على تنفيذ حكم التحكيم بعـد الحـديث عـن موضوع النظام العام الدولي، وهو ما سنتناوله حالاً.

2.2 النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي

"إن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منـه العوامـل الإجتماعيـة والإقتصادية والخلقية، فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتماشى مع التطـورات الإجتماعية والإقتصادية والخلقية، فتتّسع دائرة النظام العام أو تـضيق تبعـاً لهـذه التطورات وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وما توافقوا عليه مـن آداب، وتبعـاً لتقدم المفاهيم الإجتماعية وعلومها.

كل هذا يترك للقاضي أن يفسره التفسير الملائم لروح عصره، فالقاضي يكاد إذاً أن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بـآداب عـصره، ونظم أُمته الأساسية، ومصالحها العامة "[1].

وذكرنا مراراً انه ليس للمحكم قانون خاص به يلتزم بتطبيقه نزولاً على أمر من مشرع دولة معينة وليس له نظام عام يسهر على حمايته، وهو بهـذه الـصفة يختلف عن قاضي الدولة، فهذا الأخير له قانونه الذي يحدد له قواعد النـزاع التـي يلتزم بتطبيقها، ولذلك فإذا كان هذا القانون مخالفاً للنظام العـام الـدولي – وهـو مختلف عن النظام العام الداخلي – وجب إستبعاده، ويسمى النظام العام فـي هـذه

في قانون خاص، أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معهـا ".
وفي هذا قضت محكمة التمييز بأن" الفقه والقضاء أجمعا على أن الإتفاقيـات الدوليـة التـي تبرمها الدول هي أسمى مرتبة من القوانين المحلية لهذه الدول، وأن هذه الإتفاقيـات أولـى بالتطبيق ولو تعارضت نصوصها مع القانون الداخلي لديها، كما أن تطبيق الإتفاقيات الدولية والقوانين من إختصاص القضاء، دون أن يترك لأطراف الخـصومة إختيـار الإتفاقيـة أو القانون الذي يرغبون فيه؛ لأن ذلك من متعلقات النظـام العـام...". تمييـز حقـوق رقـم 2007/2353(هيئة عامة)، تاريخ 2007/4/8.

1- السنهوري في شرحه لمفهوم النظام العام، مشار إليه في: العنزي، ممدوح عبـد العزيـز، 2006، بطلان القرار التحكيمي التجاري الـدولي، الأسـباب والنتـائج، الطبعـة الأولـى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 189.

الحالة بالنظام العام الإستبعادي، والذي يستبعد تطبيق الحكم المخالف للنظام العـام وإحلال قانون القاضي محله، على ما هو راجح في التشريعات وفي الإجتهاد والفقه في القانون المقارن[1]، وبالطبع فإن هذا المفهوم بهذا التحديد لا يطرح أمام المحكم، لأن ليس له قانون مفروض عليه كالقاضي الوطني.

وعلى ضوء هذه المعطيات، تبرز لدينا مشكلة تحديد مفهوم النظـام العـام الدولي، فإذا كنّا لم نتفق على مفهوم النظام العام على الصعيد الداخلي، فهل سـنتفق عليه على الصعيد الدولي ؟ وإذا كنّا قد تعرفنا آنفاً على نسبية الإلتزام بفكرة النظام العام بين القاضي الوطني والمحكّم، فإن التساؤل الذي يطرح هنا هو، هل أن النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي أو العالمي يمثل قيداً على حرية الفرقاء في إختيـارهم للقانون الذي يحكم أساس النزاع، أم النظام العام المحلي فقط ؟ وهل يمكن القول أن النظام العام الداخلي هو الذي يحاسب التحكيم الدولي أو بالعكس ؟ أم أن النظام العام الدولي يحاسب القرار التحكيمي الدولي، والنظام العـام الـداخلي يحاسـب الحكـم التحكيمي الداخلي؟ وهل فكرة النظام العام الدولي الحقيقي لها وجـود فـي الواقـع العملي أم أنها مجرد فكرة نظرية؟

هذه الأسئلة وغيرها سنحاول الإجابة عليها في الصفحات القادمة، ونبدأ مـن التعرف على مفهوم الفكرة في النظام العام الدولي ومشكلة تحديده.

1.2.2 فكرة النظام العام الدولي International Public Order

إن مفهوم النظام العام الدولي لا يزال موضع جدل ونقاش كبيرين، فموضوع النظام العام أصبح يطرح من زاوية التحكيم الداخلي بصورة مختلفة عـن التحكـيم الدولي، ففيما يتعلق التحكيم الداخلي بالتجارة الداخلية، يتجاوز التحكيم الدولي حدود الدول، وتتعدد فيه الجنسيات والبلدان، ويضع قيد البحث مصالح التجارة الدولية[2].

1- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتـب علـى عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 600.

2- العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، الأسباب والنتائج، ص 189 – 190.

وقد فرق القانون الفرنسي للتحكيم بين النظام العام الداخلي والنظـام العـام الدولي، وبقي على الفقه والإجتهاد أن يتوسع بمضمون الفكرة. ورغم أن النصوص القانونية، ولا سيما القانون النموذجي للتحكيم التجـاري الـدولي وكـذلك إتفاقيـة نيويورك، لم تفرق بين التحكيم الداخلي والدولي، إلاّ أن ذلك لا يمنع أن خـصائص النظام العام الدولي هي غير خصائص النظام العام الداخلي، مع الأخذ بعين الإعتبار أن ما هو من النظام العام الداخلي ليس حتماً أن يكون من النظام العام الدولي[1].

ابتداء نشير إلى أن من الشراح من يستخدم مصطلح " النظام العام الـدولي " ومنهم من يشير إلى مصطلح " النظام العام الدولي بـالمعنى الحقيقـي " ويفرقـون بينهما.

ويمكن تعريف النظام العام الدولي بأنه مجموعة من القواعد المعيارية والتي تعتبر بمثابة الحد الأدنى أو القياس، والتي يفرضها المجتمع الدولي لحماية حقـوق الإنسان[2].

وهذا الفكر الذي يسعى لتوسيع فكرة النظام العام الـدولي وإعطاؤهـا هـذه المرونة، يسهل على المحكم كثيراً مهمة الإفلات من سلطان القوانين الوطنية، حيث يعتبر – هذا الفكر – ما يقف في طريقه من المسائل المتعلقة بالنظام العام غير متفقة وما يفرضه المجتمع الدولي من حقوق وحماية للإنسان، فيـرفض النظـام العـام الداخلي ويذهب لطريق أوسع منه وأكثر رحابةً، وهـو النظـام العـام بمفهومـه الدولي[3].

أما النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي فهو " مجموعة القواعد الآمرة التـي تقرها أكثرية الأمم المتحضرة، أي التي تشكّل قاسماً مشتركاً بين أكبر عدد ممكـن من الدول " أو هو " النظام العام المشترك بين الأمم المتمدينة، والذي يتعـين علـى

1- الأحدب، عبد الحميد، 2008، إجراءات التحكيم، بحوث مؤتمر التحكيم التجـاري الـدولي، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، المجلد2، ص542-543.

2- أنظر خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون واجب التطبيق على موضـوع النـزاع، ص 125، والمراجع المشار إليها فيه.

3- خليفة، سلطة المحكم في إختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ص 125.

جميع الدول إحترامه، ومن يخرج عليه يجد نفسه خارج الجماعة القانونية التي هي أساس القانون الدولي الخاص "[1].

فتجارة المخدرات وتجارة الرقيق ورشوة المحكمين وشراء ضمير الشاهد ليعطي شهادة زور، وإستغلال النفوذ، كلها حالات تخالف النظام العام الدولي، ولا يجوز الإتفاق على التحكيم لحل الخلاف حول هكذا حالات، لأنه يعتبر مخالفاً للنظام العام الدولي؛ الذي يمثّل المصلحة العليا الإجتماعية والإقتصادية والخلقية للمجتمع الدولي.

ويعد من قبيل النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، القوانين المتعلقة بمكافحة غسل الأموال، والقوانين التي تحمي الآثار بإعتبارها تراثاً عاماً للبشرية، والقوانين المتعلقة بحماية البيئة بإعتبارها إطاراً مشتركاً للبشرية، كذلك القواعد التي تحظر التمييز العنصري.

ومن الأمور المخالفة للنظام العام الدولي أيضاً، والتي كشفتها السوابق الدولية في مجال التحكيم، الإتفاقات الخاصة بتهريب المواد المخدرة، والإتفاقات التي تتعلق ببيع الأسلحة دون موافقة الدولة المعنية، أو التوسط لقاء عمولة للحصول على عقد من العقود أو الحصول على إعتماد مصرفي على صعيد التعامل التجاري الدولي[2].

2.2.2 مبرر التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي

الواقع أن هناك نظامين عامين، نظام عام داخلي، وآخر دولي، فالحكم التحكيمي الدولي يبطل إذا خالف النظام العام الدولي، ولا يبطل حتماً إذا خالف النظام العام الداخلي، أما الحكم التحكيمي الداخلي فيبطله النظام العام الداخلي، ولا

1- نقلاً عن: عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 601.

2- أنظر سامي، التحكيم التجاري الدولي، ص 132، والأحكام القضائية المشار إليها فيه.

حاجة لإدخال النظام العام الدولي في المسألة، لأن ما يتضمنه النظام العام الـداخلي لا شأن له بأحكام النظام العام الدولي[1].

فخضوع العلاقات الدولية للنظام العام الدولي وحده على هذا النحو، يترتـب عليه إستبعاد آثار تطبيق القواعد الآمرة في القانون الوطني الواجب التطبيق علـى العلاقات الدولية، كلما كانت متعارضة مع مقتضيات النظام العام الدولي[2].

ولهذا فإن البعض يرى أنه يجب على المحكم اللجوء إلى نظام عام منفـصل أو مستقل عن الأنظمة العامة الوطنية، لأن محتوى النظام العام بالمعنى الوارد فـي القانون الدولي الخاص ذو مصدر دولي، ومرتبط أساساً بالقانون الوطني وبمبـادئ تعتبر أساسية في قانون القاضي، وطالما أن المحكم ليس له قـانون إختـصاص – بخلاف القاضي – فإنه يستطيع أن يكرس مفهوم النظام العام الدولي الحقيقي، إذ لا يمتزج النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، بالنظام العـام بـالمفهوم الـوارد فـي القانون، حيث يتعلق الأمر بنظام عام يسمو على النظام العام الداخلي[3].

فالإتجاه الفقهي الذي يفرق ما بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، يهدف إلى التقليل من حالات بطلان أحكام التحكيم الدولية أو الأجنبية مـا أمكـن، بحيث أن ما يجوز إبطاله أو عدم تنفيذه من أحكام تحكيم وطنية لمخالفته النظام العام الداخلي، ليس بالضرورة أن يؤدي إلى النتيجة ذاتها في التحكيم الأجنبي أو الدولي، ما دام أن حكم التحكيم في الحالة الأخيرة لا يخالف النظام العام الدولي[4].

1- العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، الأسباب والنتائج، ص 192. وبنفس المعنى الأحدب، إجراءات التحكيم، ص547 وما بعدها.

2- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة 197، ص 290.

3- أنظر تفصيلاً في موضوع النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، من حيث ضرورة وجوده، والإتجاهات الفقهية المؤيدة والمعارضة له، ومصادر هذا النظام، أنظر: الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ص43 وما بعدها.

4- وترتيباً على هذا الرأي، فإنه لا يمكن للقاضي الوطني أن يقضي ببطلان حكم التحكيم الأجنبي أو يأمر بعدم تنفيذه لمخالفته للنظام العام في بلده، بل يجب أن يكون مخالفاً للنظام العام الدولي بالمعنى المتقدم.

ويترتب على هذا الرأي أن المحكمة المرفوع أمامها النزاع، يتوجب عليها أن تقضي بصحة حكم التحكيم ونفاذه على أراضيها، ما دام أنه ليس مخالفاً للنظام العام الدولي، حتى لو كان مخالفاً للنظام العام الداخلي في تلك الدولة، وعلى العكس من ذلك، يمكن للمحكمة في ظروف معينة أن تقضي ببطلان الحكم أو عدم تنفيذه، حتى لو لم يكن مخالفاً للنظام العام الداخلي، ما دام أنه مخالف للنظام العام الدولي[1].

وسنداً لهذا الإتجاه- الذي لا نرى صحته على إطلاقه- فإنه ليس من المنطق في شيء تطبيق القواعد الوطنية الخاصة بالنظام العام بحرفيتها على التحكيمات الدولية والأجنبية. فمفهوم الفكرة ونطاق تطبيقها تختلف بإختلاف النظم القانونية، أو حتى بإختلاف الدول المنتمية لنظام قانوني واحد[2].

فمثلاً إذا عرض نزاع يتعلق بتوزيع أرباح كازينو ألعاب قمار، وأحيل هذا النزاع على التحكيم، وصدر بنتيجته حكم تحكيمي، فإنه في بعض الدول يعتبر موضوع هذا العقد عملية تجارية محض عادية، ويعطى الحكم التحكيمي صيغة التنفيذ بدون أية مشكلة، ولكن الميسر والقمار في كثير من دول العالم مخالف للآداب العامة ومحرم وممنوع. فالحكم التحكيمي الذي يبت بموضوع توزيع أرباح

---

1 - حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفته النظام العام في القوانين العربية، ص10.

2- فمثلاً قطر والسعودية دولتان إسلاميتان وتطبقان الشريعة الإسلامية، مع إختلاف درجة ذلك، ولكن الفوائد جائزة في القانون القطري، في حين أنها ليست كذلك عموماً في السعودية. للمزيد حول هذا الإتجاه والأمثلة عليه، أنظر: حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية، ص11 وما بعدها. والقانون الفرنسي يحرم الفوائد(الربا) أيضاً، ولكنه يقصد بالربا الفائدة المرتفعة عن الحد القانوني والتي فيها إستغلال، لذلك فإن المحاكم الفرنسية عند مراقبتها لحكم تحكيمي أعطى فوائد باهظة جداً، فإنها لا تبطل هذا الحكم، ولكنها تخفض الفوائد إلى المعدل القانوني، فالربا إذاً ليس من النظام العام الدولي، وإنما من النظام العام الداخلي للبلدان التي تحرم الفائدة. الأحدب، إجراءات التحكيم، ص545.

القمار مخالف للنظام العام في الدول الإسلامية، ولكنه ليس كذلك في الدول الغربية[1].

وخير مثال على ذلك في الأردن، أثار الرأي العام وحفيظة القانونيين، ما عرف بإتفاقية (الكازينو)، الموقّعة بين الحكومة الأردنية وشركة Oasis البريطانية في شهر آب 2007، ووفق أحكام هذه الإتفاقية- ومدتها 50 سنة- فإنه يحق للشركة فتح كازينوهين إثنين على الأقل (أحدهما في منطقة البحر الميت والآخر في المعبر الشمالي)، ووفقاً للمادة 26 منها فإن القوانين الواجبة التطبيق هي قوانين بريطانيا وويلز؛ والمادة (20) من الإتفاقية نصت على أن تعطي الحكومة للشركة ضمانة بأن الأردن لن تتخذ أية اجراءات أو تصدر قوانين من شأنها أن تؤثر على حق الشركة في تشغيل الكازينو على النحو المذكور في الإتفاقية. فالحكومة الأردنية في هذه الإتفاقية قبلت بإستبعاد النظام القانوني الأردني، وسمحت بتطبيق النظام القانوني البريطاني – بما فيه من سوابق قضائية- على الرغم من مخالفة هذه الإتفاقية للنظام العام الأردني وللمادة 33 من الدستور ، والمادة 915 من القانون المدني الأردني والتي تحرم المقامرة في الأراضي الأردنية.

نخلص إلى القول إذاً أن النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي يمثل قيداً على حرية الفرقاء في إختيارهم للقانون الذي يحكم أساس النزاع، وأن الأصول والمبادئ التي تشكل جوهر النظام العام بالمعنى الحقيقي تجد مصدرها في الأدوات التشريعية الدولية، كالمعاهدات والإتفاقات الدولية، كذلك في الإعلانات والتوصيات والقرارات الدولية، بالإضافة إلى الممارسات والأعراف الدولية.

1- الأحدب، إجراءات التحكيم ص 543. قد يكون العقد ذاته صحيحا ومشروعاً في بعض الأمكنة المحددة داخل الدولة، مثل بعض فنادق الخمسة نجوم في بعض الدول، وبناء عليه، إذ تم الاتفاق على التحكيم حول دين قمار عموماً، فإن الإتفاق يكون باطلاً، وبخلاف ما لو تعلق الإتفاق بدين قمار داخل الكازينو المسموح به ذلك، حيث يكون الإتفاق صحيحاً ونافذاً؛ حتى لو نشأ الدينان داخل المبنى الواحد، الأول: داخل الكازينو في فندق الخمسة نجوم، والثاني: داخل الفندق ذاته، ولكن في إحدى غرف النزلاء. نقلا عن: حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية، ص6، وهامش رقم8، من ص7.

ونخلص إلى القول كذلك أن النظام العام الدولي الحقيقي موجود بالفعل على الرغم من تشكيكات البعض، فالممارسة العملية المتعلقة بالمحكمين الدوليين لا تسمح اليوم بإنكار وجوده ولا بإنكار تطبيقاته المتنوعة.

3.2.2 أثر النظام العام على تنفيذ حكم التحكيم

تحدثنا فيما سبق عن النظام العام الداخلي، وفرقنا بينه وبين النظام العام الدولي، وتوصلنا إلى جملة نتائج منها أنه ليس ثمة تعريف متفق عليه لأي منهما، كون الفكرة برمتها فضفاضة ومطاطة، تختلف بإختلاف الزمان والمكان، وتوصلنا كذلك إلى أن مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الداخلي يجعله عرضة للبطلان، مع ما يترتب على ذلك من نتائج.

وتوصلنا كذلك إلى أنه مما يجافي العدالة أن نطبق القواعد الوطنية البحتة، الخاصة بالنظام العام الداخلي، على خصومات التحكيم الدولية والأجنبية، ورأينا أن إتجاهاً فقهياً يعتقد بصحة حكم التحكيم ونفاذه على أرض الدولة مصدرة الحكم، ما دام لا يخالف النظام العام الدولي، حتى لو كان مخالفاً للنظام العام الداخلي فيها.

وما دام أن مخالفة القواعد الآمرة يشكل سبباً من أسباب إبطال القرار التحكيمي، فقد توصل الإجتهاد بعد عناء إلى القول أنه يجوز التحكيم في أمور هي من النظام العام، وأنه يعود عندئذٍ للمحكم أن يطبق القواعد الإلزامية تحت رقابة القضاء اللاحقة[1].

والأهمية في هذا الصدد تتصل بمدى إبطال حكم التحكيم، وليس بالتفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي. فإذا تعلق الحكم بتحكيم محلي في الأردن، وتضمن مخالفة للنظام العام الأردني؛ فإنه يكون عرضة لعدم الإعتراف أو لعدم التنفيذ حسب الأحوال[2].

1- معماري، وهيب، 2008، رقابة قضاء البطلان على القرارات التحكيمية، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، المجلد2، ص851.

2 - كما لو تضمن الحكم فوائد تزيد عن الحد القانوني، أو الحكم بفوائد مركبة.

أما إذا تعلق الحكم بتحكيم دولي جرى في الأردن، أو كان الحكم أجنبياً صادراً في دولة أخرى، وتم تقديمه للقضاء لتنفيذه في الأردن[1]، ففي هذه الحالـة ينبغـي التفرقة بين عدة فروض:

1- يخضع موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية " Foreign Awards Enforcement " في الأردن - سواء كانت قرارات محاكم أو قرارات تحكيم- إلى مجموعـة مـن القـوانين الوطنيـة والإتفاقيات الدولية التي إنضمت إليها الأردن وأهمها:

1. قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 8 لعام 1952. ويتضح من نصوص هذا القـانون أن الأحكام القابلة للتنفيذ يجب أن تكون ذات طبيعة قضائية أجنبية، ومدنية ونهائيـة، مـع الأخذ بالإعتبار أن أحكام التحكيم تعامل معاملة أحكام القضاء لغايات تنفيذها في الأردن.
2. إتفاقية تنفيذ الأحكام الخاصة بدول الجامعة العربية لسنة 1952. وتعالج مـسألة تنفيـذ الأحكام القضائية الصادرة في إحدى الدول العربية، وإضافة إلى ذلك فإنها تعالج أيضاً أحكام التحكيم الصادرة في إحدى الدول العربية، ويراد تنفيذها في دولة عربية أخـرى من الدول المنضمة إلى الاتفاقية(المادة الثانية).
3. إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983. وبحسب المادة 72 منهـا، فقـد ألغت الاتفاقيات الثلاث المعقودة عام 1952 في نطاق جامعة الدول العربية، والمتعلقـة بالإعلانات والإنابات القضائية، وتنفيذ الأحكام. وقد عالجـت هـذه الاتفاقيـة مـسألة الإعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه. للمزيد حول هذه الإتفاقية، أنظـر: سـامي، التحكـيم التجاري الدولي، ص81 وما بعدها.
4. إتفاقية الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيويورك1958).
5. الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987(إتفاقية عمان للتحكيم التجاري). أنظر في هذا الموضوع تفصيلاً: الجبران، التحكيم التجاري الدولي وفقاً للإتفاقية العربية للتحكـيم التجاري لعام 1987.
6. الإتفاقيات الثنائية بين الأردن ودول أخرى، مثل إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بـين المملكة الأردنية الهاشمية ودولة الإمارات العربية المتحدة لسنة 2000، وإتفاقية التعاون القانوني القضائي بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وحكومة الجمهورية الجزائريـة الديمقراطية الشعبية لعام 2006، وغيرها، وللمزيد حـول موضـوع تنفيـذ الأحكـام الأجنبيـة، أنظـر: Haddad, Hamzeh, 1989, Enforcement of Foreign Judgment and award in Jordan and Iraq, A lecture addressed to the IBA conference of Bahrain,(5-8/3/1989). www.aiadr.com

فقد يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الأردني. وفي هـذا الفرض يجب على هيئة التحكيم إصدار حكمها بما يتفق مع القانون الأردني، فـإن كان مخالفاً للنظام العام الأردني يتوجب إبطاله أو عدم تنفيذه، ويلحق بهذا الفـرض الحالة التي يصدر فيها التحكيم إستناداً لقانون أجنبي، وكان الحكم مخالفاً للنظام العام في ذلك القانون، وفي القانون الأردني أيضا[1].

ومن جانب آخر، فقد يصدر الحكم إستناداً للقانون الأجنبي الواجـب التطبيـق على النزاع ، ويكون الحكم متفقاً معه، إلا أنه مخالف للنظام العام فـي الأردن، أو بمعنى أدق مخالف لقاعدة آمرة في القانون الأردني، على نحو ما سبق بيانه.

وفي ذلك تقول محكمة التميز: " لم يرد في المادة الثانية مـن قـانون تنفيـذ الأحكام الأجنبية رقم1952/8 أي قيد أو وصف للحكم الأجنبي[2] يحدده، فإن جميع الأحكام الأجنبية قابلة للتنفيذ في المملكة، إذا توفرت فيها باقي الشروط التي نـص عليها القانون[3]... "[4].

1 - حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفته النظام العام في القوانين العربية، ص14.

2 - " تعني عبارة الحكم الأجنبي الواردة في هذا القانون كل حكم صدر مـن محكمـة خـارج المملكة الأردنية الهاشمية (بما في ذلك المحاكم الدينية)، يتعلق في إجـراءات حقوقيـة، ويقضي بدفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تـصفية حـساب، ويـشمل قـرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمـول بـه في البلد الذي جرى فيه التحكيم، قابلاً للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور". المادة 2 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم 8 لعام1952.

3- تنص المادة 1/7 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية على أنه" يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي في الأحوال التالية: و- إذا كان الحكـم بـسبب دعـوى لا تسمعها محاكم المملكة الأردنية الهاشمية، إما لمخالفتها للنظام العام أو الآداب العامة". وهـو نفس الحكم الذي جاءت به المادتين 30 و37 من إتفاقية الرياض العربية للتعاون القـضائي لعام 1983، إلاّ أن الأخيرة أضافت قيداً يتمثل في عدم مخالفة حكـم المحكمـين للـشريعة الإسلامية، وإلا أمكن رفض تنفيذه.

4- تمييز حقوق رقم 2001/3048، تاريخ 2002/12/1، منشورات مركز عدالة.

وفي الفرض الذي يصدر فيه حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام في الأردن، فإن ثمة رأي يرى التضييق من مفهوم النظام العام ما أمكن، وإعتبار أنه ليس كل قاعدة آمرة داخلية تعتبر من النظام العام، ما دام أن هذه القاعـدة لا تمـس الأركـان أو الأسس أو القيم أو المثل التي تقوم عليها الدولة أو قانونها أو مجتمعها[1].

ولما كان النظام العام عموماً، أحد الضوابط الأساسية في كافـة التـصرفات القانونية والأحكام القضائية والتحكيمية، بحيث تؤدي مخالفته إلى بطلان أو إبطـال التصرف أو الطعن به وفق أي وسيلة أخرى متاحة قانوناً، دون حاجة لنص خاص به، فقد حرصت العديد من التشريعات العربية على النص على النظام العام كـسبب للطعن بالحكم.

ومثال هذه التشريعات قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 2/53 منه، وقانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008، في المـادة 2/50 منـه، والمادة 800 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، هذا بالإضافة إلى ما ورد في المادة 49/ب من قانون التحكيم الأردني، كما سبق بيانه.

وإن عدم النص على هذا الأمر في قوانين عربية أخرى، لا يعني عدم الأخـذ بهذا السبب في تلك القوانين للطعن بالحكم، ومثال ذلك المـادة 216 مـن قـانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات رقم 11 لسنة 1992، والتـي عـددت حـالات بطلان حكم المحكمين، ولم تورد من بينها حالة مخالفة الحكـم التحكيمـي للنظـام العام[2].

وعلى صعيد الإتفاقيات التي تعالج موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن، يلاحظ أن جميعها تتضمن بنداً يقضي بمنع الإعتـراف بـالحكم non-recognition

---

1- حداد، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية، ص14.

2 - ويترتب على ذلك، أنه إذا وجدت حالة تتطلب مثلاً إبطال حكم التحكيم، ولكنها لا تنـدرج ضمن الحالات المنصوص عليها قانوناً، يمكن للمحكمة اللجوء لفكرة النظام العـام لإبطـال ذلك الحكم. حداد ، بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القوانين العربية، ص2.

وتنفيذه في الدولة المطلوب إليها التنفيذ، إذا ما تضمن الحكم ما يخالف النظام العـام في هذه الدولة[1].

وبداهةً، فقد إنعكس مفهوم النظام العام على إتفاقيات التعاون القضائي، التـي أبرمها الأردن مع دول أخرى، فمعظم هذه الإتفاقيات الثنائية قد كرست مبدأ جـواز رفض الحكم، إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة للطرف المطلـوب إليـه التنفيذ[2].

ويلاحظ أنه في التحكيم التجاري الدولي لا ينظر المحكم إلـى النظـام العـام الداخلي وفقاً للقانون الذي إختار الطرفان تطبيقه إلاّ بإعتباره مكملاً لإرادة الطرفين، ولهذا فإنه إذا تضمن العقد نصوصاً تخالف هذا النظام العام وجـب علـى المحكـم إحترام هذه النصوص ولو خالفت النظام العام الداخلي؛ وذلك ما لم تكن قاعدة النظام العام الداخلي هي في نفس الوقت قاعدة نظام عام دولي[3].

1- أنظر المادة 3/هـ من إتفاقية تنفيذ الأحكام بجامعة الدول العربية لسنة 1952، والتي حلّـت محلها إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة 1983 بالنسبة للدول التي صادقت على هذه الأخيرة، والتي بدورها أشارت في المادتين 30 و37 منها إلى حالات رفض الإعتراف بالحكم وتنفيذه، بسبب مخالفة النظام العام أو الآداب لدى الطرف المطلوب إليه التنفيذ. كذلك الأمر في المادة 35 من الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 بشأن تنفيـذ أحكـام التحكيم الأجنبية .

2- أنظر المادة 19/د من إتفاقية التعاون القضائي بين المملكة الأردنية الهاشمية والجمهوريـة اليمنية رقم 6 لسنة2001، والمادة 4/30 من إتفاقية التعاون القانوني والقضائي في المـواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية بين حكومة المملكـة الأردنيـة الهاشـمية وحكومة دولة الكويت رقم 6 لسنة 2006، والمادة 4/19 من إتفاقية التعاون القضائي بـين المملكة الأردنية الهاشمية وجمهورية مصر العربية رقم 3 لعام 2001، والمادة 19/د مـن إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 8 لعام 2006، والمادة 19/د من إتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين المملكة الأردنية الهاشمية ودولة الإمارات العربية المتحـدة رقـم 12 لـسنة 2000.

3- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 245، ص 423-424.

من خلال ما تقدم، نخلص إلى القول أن للدولة سلطة منع تنفيذ أحكام التحكـيم التي تصطدم بالأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والخلقية التي يقوم عليهـا كيان الدولة، أي المتعارضة مع النظام العام الذي لا يترادف مع الصفة الآمرة، فثمة قواعد يراعى فيها مصلحة الأطراف ولا تمس النظام العام. أما القواعد الآمرة التي يبتغي بها المشرع حماية المصالح العامة، فإنها تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظـام العام بالمعنى المقصود.

لذلك حري بـأطراف التحكـيم والمحكمـين كـذلك، أن يختـاروا القواعـد الموضوعية التي لا تتعارض مع مفهوم النظام العام- على نحو ما سبق- ويجـب عليهم، وقد لجأوا إلى التحكيم بغية سرعة الفصل في النزاع، أن يحرصـوا علـى وضع الصيغة التنفيذية على الحكم وتصديقه؛ وهذا ما لا يمكن تـصوره إذا كـان باطلاً من جهة مخالفته للنظام العام.

3.2 قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري أو المباشر

تناولنا فيما سبق موضوع النظام العام- بشقّيه الداخلي والدولي – كقيـد يـرد على حرية الفرقاء في إختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وتناولنا كذلك أثر كل منهما على حكم التحكيم.

ولإكتمال الفائدة، فإننا سنتناول فيما يلي قواعد الأمن المـدني أو مـا يعـرف بقوانين البوليس المرتبطة بالعلاقة ولو لم تكن جزءاً مـن القـانون الـذي إختـاره الفرقاء، وأثر هذه القوانين على إختيار القانون الموضوعي الذي يحكم النزاع[1].

فما المقصود إذاً بالقواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس، وإلى أي مدى يمكن تطبيق هذه القواعد، بمعنى هل يلزم المحكم بإعمال القانون الذي إختاره الفرقاء وحده، أم أن له(أو يجب عليه) أن يعمل قواعد الأمن المدني فـي القـوانين

1- تطرح هذه المسائل للبحث في إطار القانون الـدولي الخـاص ومـنهج تنـازع القـوانين Conflict of Laws Rules، لذا سنكتفي في هذا المقام بالتعريف بقواعد الأمن المدني في القوانين الأخرى غير القانون المختار، بصورة مقتضبة وفق ما يقتضيه هذا البحث، ونحيل القارئ الكريم في تفصيل ذلك إلى: صادق، عقود التجارة الدولية، ص684 وما بعدها.

ذات الصلة بالعلاقة على الرغم من عدم إختيار الفرقاء لها؛ وإلى أي مـدى يمكـن إعتبار ذلك إستبعاداً للقانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، وفقاً للمادة 4/أ/49 من قانون التحكيم؟

1.3.2 مفهوم القواعد ذات التطبيق المباشر

قلنا فيما سبق أن للطرفين بمقتضى سلطان الإرادة الحرية في إختيار القـانون الواجب التطبيق، ولو لم يكن هذا القانون على صلة بالنزاع، وأن لهم بموجب هـذه الإرادة أيضاً إقصاء القوانين المتصلة بالنزاع بصلة أو أخرى كلها أو بعضها[1].

ولكن القوانين الوطنية المختلفة، تعرف نوعاً من القواعـد القانونيـة، تتميـز بحتمية تطبيقها تطبيقاً مباشراً على كافة العلاقات الداخلة في مجال تطبيقها، يقال لها عادة القواعد ذات التطبيق المباشر أو قواعد الأمن المدني، بإعتبار ما تسعى إليـه من حماية للمصلحة العامة[2].

ويقصد بقوانين البوليس أو الأمن المدني ذات التطبيق الضروري أو المباشر، مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني، والتي تبلـغ في أهميتها بمجتمع الدولة حداً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، ويتعين من ثم تطبيقها تطبيقاً مباشراً دون نظر إلى تصنيفها، وما إذا كانت تنتمـي إلى القانون العام أو القانون الخاص، فهي قواعد تتميز بحتمية تطبيقها تطبيقاً مباشراً على كافة العلاقات الداخلة في مجال تطبيقها[3].

ومثال هذه القواعد، المسائل المتعلقة بالفوائد، والرقابة على النقد والـصرف، والقوانين الجمركية، وقوانين المنافسة، فمثل هذه القوانين يستحيل تفاديها أو التحرر منها، متى كانت تنطبق على العلاقة أو تشكّل جزءاً منها، وكذلك القيود الآمرة التي تضعها التشريعات الخاصة بشأن نقل التكنولوجيا والمعرفـة الفنيـة، مـن حيـث

1- أنظر ما تقدم، ص 16 وما بعدها.

2- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة 198، ص 291.

3- نقلاً عن: عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 602.

الإستخدام والحجم أو البحث والتطوير. فهذه القواعد يرتبط بها الأطراف شاؤا أو لم يشاؤا، كونها تعد من القواعد ذات التطبيق الفوري التي ترتبط بتنظـيم الدولـة[1]. ومثال هذه القواعد أيضاً، تلك المتعلقة بالتسعير الجبري، والقواعد الضابطة لحريـة المنافسة، والقواعد المتعلقة بحماية الإئتمان العام والقواعد الجمركية.

فالقواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس، شُرعت أصـلاً لتنظـيم الروابط الداخلية، وإن كانت مراعاة طبيعتها الآمرة تقتضي إمتداد تطبيقها أيضاً إلى العلاقات الخاصة الدولية، وذلك على خلاف القواعد المادية فـي القـانون الـدولي الخاص، والتي لا تنطبق بحسب الأصل على علاقات القانون الداخلي؛ وإنما لحكـم روابط الحياة الخاصة الدولية بطريق مباشر[2].

وفي مجال العلاقات الدولية، تبدو الحاجة واضحة إلى قواعـد البـوليس ذات الطابع الآمر في مجال العلاقات الدولية، حيث تلعب إرادة الأطراف دوراً هاماً في تحديد القانون الواجب التطبيق في شأن هذه العلاقات وفقاً لمنهج التنازع، كما هـو الشأن في مجال الروابط العقدية الدولية، فترك الحرية للأفراد في إختيار قانون العقد على هذا النحو يؤدي إلى إفساح المجال أمامهم للتهرب من القواعـد الآمـرة فـي القوانين الداخلية التي ترتبط بالعلاقة العقدية؛ ومن هنا تزداد الحاجة للتطبيق المباشر لقواعد البوليس ذات الطابع الآمر[3].

وقد إتجه جانب من الفقه إلى صياغة قاعدة إسناد ذات طابع مجرد، ومؤداهـا أن تطبق قوانين البوليس في المسائل الدولية التـي تتـأثر مـصالحها الاجتماعيـة

1- نقلاً عن: عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضـوء الفقـه وقـضاء التحكيم، نبذة 190، ص 242.

2- تختلف القواعد المادية للقانون الدولي الخاص من حيث مضمونها ونطـاق تطبيقهـا عـن القواعد ذات التطبيق الضروري، فالأولى هي قواعد شُرعت لتنظيم روابط القانون الـدولي الخاص والإستجابة إلى طبيعتها الدولية، بينما الثانية هي قواعد تواجه روابط القانون الدولي الداخلي أصلاً، وإن اقتضت صفتها الآمرة والأهداف التي تسعى إلى إدراكها إمتداد سريانها أيضاً إلى مجال العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي. صادق، عقـود التجـارة الدوليـة، ص695- 697.

3- نقلاً عن: صادق، عقود التجارة الدولية، ص 696.

والإقتصادية بالعملية التعاقدية، طالما أن العلاقة التعاقدية أو آثارها تتركز في نطاق التطبيق الذي تحدده هذه القوانين لذاتها، وهذا الإتجاه يؤدي إلى الإعتراف لقـوانين البوليس بنطاق أوسع من النطاق الإقليمي الضيق[1].

وفي نطاق تنازع القوانين في العقود الدولية، فيسلّم الفقه والقـضاء، وبعـض التشريعات أيضاً أن القاضي الوطني يطبق قواعد البوليس في حالتين[2]:

1) إذا كانت شقاً من القانون الواجب التطبيق الذي إختاره الفرقاء، ولم تكن مخالفة للنظام العام الدولي في قانون القاضي.

2) إذا لم تكن شقاً من القانون الواجب التطبيق، متى كانت ثمة صلة جدية تربطهـا بالمنازعة المطروحة[3].

أما إعمال القواعد ذات التطبيق الـضروري أمـام المحكمـين، فإنـه يتّـسم بخصوصية ترتد أولاً إلى أن المحكم ليس له قانون خاص به، بعكس قاضي الدولة،

1- أنظر في هذه الإتجاهات الفقهية: عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي فـي ضوء الفقه وقضاء التحكيم، نبذة 143، ص 187، والمراجع المشار إليها فيه.

2- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبـل هيئة التحكيم، ص 602.

3- ومثال على هذه الحالات، قرض بين عميل مصري وفرع لبنك أجنبي مقره باريس، بينمـا مقر الفرع في القاهرة، إتفق فيه على تطبيق القانون الفرنسي على هذا القرض، هنا يكـون القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق أمام القضاء المصري بما فيه من قواعد تعتبـر مـن قوانين البوليس، ما لم يكن فيها ما يخالف النظام العام المصري. فهنا تعتبر قواعد البـوليس شقاً من القانون الواجب التطبيق، وليس فيها مخالفة للنظام العام الدولي في قانون القاضـي(المصري)، أما في الفرض الذي سيتم فيه تحويل مبلغ القرض لإستثماره في لبنـان، فهـل يلزم القاضي المصري بمراعاة قواعد البوليس في القانون اللبناني مثل قواعد الرقابة علـى النقد والقواعد المتعلقة بالحصول على إذن أو ترخيص من جهـة الإدارة، رغـم أن هـذا القانون غير مختص بمقتضى قاعدة التنازع في القـانون المـصري؟ لاشـك أن الإجابـة بالإيجاب، كون أن هناك رابطة جدية متحققة في هذا المثال بين الرابطة العقديـة والقـانون اللبناني. مشار إليه في عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع والأثر المترتب علـى عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 603.

وبالنتيجة تصبح كافة القواعد ذات التطبيق الضروري(قوانين البوليس) فـي حكـم القوانين الأجنبية بالنسبة له، وتُعامل على هذا الأساس.

وبهذه المثابة تفقد التفرقة بين القواعد الأجنبيـة ذات التطبيـق الـضروري، والقواعد ذات التطبيق المباشر في دولة القاضي أهميتها أمام المحكمـين، بإسـتثناء الوضع الخاص بالإعمال المباشر لأحكام القانون التجاري المشترك، وهي أحكام من القواعد المادية في القانون الدولي الخاص للمحكم، بل ينعدم وجود نظام عام وفقـاً للمعنى المحدد لهذه الفكرة في القانون الدولي الخاص الداخلي أمام المحكم، نتيجـة لعدم وجود قانون إختصاص داخلي له[1].

والسبب الثاني في خصوصية إعمال القواعد ذات التطبيق الـضروري أمـام المحكمين، ترجع إلى الطابع الإتفاقي للتحكيم[2]، فالمحكم يستمد سلطاته مـن إرادة الأطراف، وبالتالي فهو لا يملك كمبدأ عام الخروج عن هـذه الإرادة أو الإخـلال بتوقعاتها المشروعة؛ ولعل هذا هو السبب في تردد المحكمين في إعمـال قواعـد البوليس التي إستبعدها الأطراف صراحةً، أو التي لم يتوقع هؤلاء تطبيقها، فإحترام توقعات الأطراف يقتضي دائماً تفضيل قاعدة البوليس التي يتوقع هؤلاء تطبيقها أو يفترض فيهم ذلك[3].

2.3.2 أثر قوانين البوليس على تطبيق القانون على موضوع النزاع

وتطبيقاً لما سبق فقد إستقر الفقه على تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر أمام المحكم في بلد تنفيذ العقد أو في البلد الذي به موطن المدين، أو في قـانون الدولـة التي تكون طرفاً في العقد محل التحكيم، ما لم يكن في تطبيقهـا إخـلالاً بتوقعـات

1- صادق، عقود التجارة الدولية، ص 1006.

2- ينحصر تطبيق قانون التحكيم على التحكيم الإتفاقي، أي حيث يتفق الفرقاء على اللجوء إلـى التحكيم لتسوية نزاعهم بدلاً من القضاء، ومثل هذا الإتفاق يجب أن يكون مكتوباً وإلاّ كـان التحكيم باطلاً. أنظر المادة 10/أ من قانون التحكيم.

3- صادق، عقود التجارة الدولية، ص 1007.

طرفي العلاقة، كما لو كان العقد المنشئ للعلاقة قد تضمن شـروطاً أو نـصوصاً تخالف هذه القواعد[1].

والتساؤل الذي يطرح هنا، هل يعتبر تطبيق قواعد البوليس بـالمعنى المتقـدم إستبعاداً للقانون واجب التطبيق على الموضوع سنداً للمادة 49 (أ) (4) من قـانون التحكيم؟

فقد يتبادر إلى الذهن أنه لا يجوز للمحكمين إعمال قواعد البوليس التي تنتمي لقانون دولة أجنبية غير الدولة التي تم الإتفاق على تطبيق قانونها، على أسـاس أن هذا التطبيق سيتضمن بالضرورة إستبعاداً جزئياً لقانون العقد، ممـا قـد يعـرض حكمهم للبطلان[2].

الواقع أن المادة 49/ أ في البند الرابع منها أجازت إبطال حكم المحكمـين إذا إستبعد تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضـوع النـزاع[3]. والوقوف عند حرفية النص يفهم منه أنه لا يجوز للمحكمين إعمال هذه القواعد التي تنتمي لقانون دولة أجنبية غير الدولة التي تم الإتفاق على تطبيـق قانونهـا، علـى أساس أن هذا الإعمال سيتضمن بالضرورة إستبعاداً جزئياً لقانون العقد، مما يعرض حكمهم للبطلان.

بيد أن البعض يذهب في تفسير هذه المادة على ضوء ما إستقر عليـه العمـل التحكيمي من إطلاق سلطان هيئة التحكـيم فـي إعمـال القواعـد ذات التطبيـق الضروري، وعدم تقييدها إلاّ بقيد واحد، وهو ألا يترتب على هذا الإعمال مفاجـأة للمتعاقدين. ومن ثم فكلما كان هؤلاء يتوقعون إعمال قاعدة الأمن المدني أو يفترض

1- الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبذة 198، ص 293.

2- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتـب علـى عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 616.

3- وهو ما سنبحثه حالاً في الفصل الثالث من هذه الرسالة .

فيهم ذلك، كان على هيئة التحكيم إعمالها، ولو ترتب على إعمالها إستبعاد القـانون المختار إستبعاداً جزئياً[1].

ومن كل ما سبق نخلص الى القول بأن حرية الفرقاء فـي إختيـار القواعـد القانونية لحكم نزاعهم مقيدة بمراعاة النظام العام الدولي وقوانين البـوليس، سـواء أكانت جزءاً من القانون الذي إختاره الفرقاء، أو جزءاً من قـانون دولـة التنفيـذ، ويرتب المشرعون على الخروج على هذه الحرية بطلان القرار التحكيمي .

1- أنظر الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، نبـذة 199، ص 294-295، والمراجع المشار إليها فيه .

الفصل الثالث
خروج المحكم عن القواعد القانونية المختارة
للتطبيق على موضوع النزاع

تمهيد

قلنا أن التحكيم محكمة خاصة تنشأ بإرادة الفرقاء للفصل فيما إختلفوا فيه، وقلنا أن هذه المحكمة(هيئة التحكيم) تطبق قواعد موضوعية على أساس النزاع المحكـم فيه، وقلنا أن من أبرز هذه القواعد، تلك التي تتصل بإرادة الفرقاء وإختيارهم، وبينّا كذلك أهمية إتفاق أطراف التحكيم على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وعدم الإنسياق لتضمين الإتفاق شرط التحكيم بمقتضى قواعـد العدالـة، أو وفقاً للأعراف السائدة، أو وفقاً لما يعرف بقانون التجار.

وحيث لا يخفى على أحد أن نظام التحكيم يتميز بالبساطة والمرونة، والتخلص من الشكليات القضائية، من جهة تعدد درجات التقاضي، فالخـصومة التحكيميـة لا تمر- بعكس الدعوى المقامة أمام القضاء - بمراحل متتالية بين محكمة أول درجة، ثم الإستئناف ثم التمييز[1].

وحيث أن الهدف الرئيس للتحكيم هو سرعة البت والفصل في النـزاع، مـا يقتضي عدم تعريض حكم التحكيم بعد صدوره لطرق الطعن المعروفة في قـانون أصول المحاكمات المدنية، وإلاّ لما كان هناك ميزة في اللجوء إلى التحكيم.

وحيث أنه من حسن السياسة التشريعية، ألاّ يسمح المشرع بالإعتراف وبتنفيذ كافة أحكام التحكيم دون قيد أو شرط، وحيث أن المشرع الأردني يحظر مراجعـة حكم التحكيم من الناحية الموضوعية قبل الأمر بتنفيذه.

1- يعني مبدأ التقاضي على درجتين، أن محكمة الدرجة الأولى first instance court تنظـر الدعوى أولاً ثم تُنظر ذات الدعوى أمام محكمة أعلى، فموضـوع الـدعوى the subject matter of dispute إذاً يعرض ويناقش ويتم بحثه أمام محكمة أول درجـة، ثـم تعـاود محكمة ثاني درجة second degree of litigation بحث القضية التي كانت أمام محكمـة الدرجة الأولى من جديد.

فإن المشرع الأردني في نهجه لإقامـة التـوازن بـين هـذين الإعتبـارين المتعارضين، قرر عدم جواز الطعن في حكم التحكيم بأي طريقة من طرق الطعـن المعروفة usual methods of recourse، ولكنه بنفس الوقت أجـاز النعـي عليـه بالبطلان لأسباب واردة حصراً في المادة 49 من قانون التحكيم[1].

ففي حين قرر المشرع في المادة 48 أنه" لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريقة مـن طـرق الطعـن manner of contestation المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية..."، فإنه عاد

1- يتبنّى المشرع الأردني في قانون التحكيم الساري، الإتجاه الرافض لجواز الطعن في القرار التحكيمي، ولكنه أتاح إمكانية رفع دعوى البطلان في حالات محددة حصراً، موافقاً لتوجـه المشرع المصري في هذا الصدد. إلاّ أنه ثمة إتجاه يدعو إلى التوسع في طرق الطعن فـي القرار التحكيمي، فيجيز الطعن فيه بكافة أشكال الطعن المتاحة في الأحكام القضائية، ومثال التشريعات التي تبنّت هذا الاتجاه، القانون الفرنسي والقانون اللبناني، والأخيـر نـص فـي قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المواد(798-880) على أن القرارات التحكيمية قابلة للطعن بالإستئنافAppeal وبإعادة المحاكمة Re-trial وإعتـراض الغيـر Third Party، ولم يستثن إلاّ الإعتراض Opposition والتمييزCassation. أنظر فـي جـواز الطعن بالإستئناف المادة 242 من القانون البحريني، والمادة 205 من القـانون القطـري، والمادة 186 من القانون الكويتي. ونشير إلى أن المادة 532 من قانون أصول المحاكمـات المدنية السوري أجازت الطعن بالإستئناف، ولكن أحكام التحكيم الواردة في هـذا القـانون نُسخت بقانون التحكيم الجديد رقم 4 لسنة 2008، والذي يتبنّى فيه المشرع السوري رفـض الطعن في القـرار التحكيمـي، إلاّ فـي حـالات حـصرية أجـاز فيهـا رفـع دعـوى البطلان(المادة50) منه. ومن المفيد الإشارة أيضاً إلى أن نظام التحكيم السعودي لا يتضمن الطعن بالاستئناف ولا الطعن بالبطلان، وإنمـا لـه وضـع خـاص، إذ أجـاز للخـصوم (الإعتراض على الحكم) لدى الجهة التي أودع لديها الحكم التحكيمـي(المحكمـة)، ولكـن المشرع السعودي لم يبين أوجه الإعتراض وأسبابه، مما يجعل الاعتراض والحالـة كـذلك بمثابة الإستئناف. أنظر المواد18-20 من نظـام التحكـيم الـسعودي رقـم 46، تـاريخ 1403/7/12هـ. أنظر تفصيلاً في مسلك المشرع الأردني في الرقابة القضائية على أحكام التحكيم مؤلف الطراونة، مصلح أحمد، 2010، الرقابة القضائية على الأحكـام التحكيميـة، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان.

في المادة 49 بفقرتيها ليستعيض عن هذه الطرق جميعاً بدعوى البطلان الأصـلية action for nullity of the arbitral award.

فهذان النصان يعنيان أن دعوى البطلان ليست طريقاً للطعن في حكم التحكيم، كما أنها ليست درجة ثانية من درجات التقاضي ضد هذا الحكم، وإنما هي طريـق خاص لمراجعة أحكام التحكيم، قصد به المشرع مواجهة ما يعتري الحكم من عيوب تقدح في صحته، بوصفه عملاً قانونياً بصرف النظر عما قضى به فـي موضـوع النزاع[1].

فمن المسلّم به في مسائل التحكيم، أن محكمة الإسـتئنافCourt of Appeal لا تملك مراجعة "موضوع" قرار التحكيم المطروح أمامها review for arbitral awards ومن المسلّم به كذلك أن دعوى البطلان ليست طريقاً لإعادة نظـر النـزاع مـرة أخرى، كما هو الحال بالنسبة للإستئناف[2]، فحكم التحكيم يصدر نهائياً. كذلك فـإن التفسير الخاطئ incorrect interpretation للقانون الواجب التطبيق على موضـوع النزاع، أو الخطـأ فـي تقـدير الوقـائع error of facts لا تعـد بـذاتها أسـباباً لإبطال Setting aside القرار التحكيمي أو رفض تنفيذه.

وتطبيقاً لهذا المعنى قضت محكمة الإستئناف[3] بأن" دعـوى بطـلان حكـم التحكيم ليست طريقاً من طرق الطعن العادية المنصوص عليها في قانون أصـول المحاكمات المدنية، ومحكمة الإستئناف لا تملك التعرض لموضوع النزاع وتقـدير

1- الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية، ص 157 وما بعدها.

2- "الإستئناف هو طريق الطعن الذي يعاد به نظر موضوع النزاع، كله أو جزءاً منـه أمـام محكمة أخرى أعلى من المحكمة التي أصدرت الحكم، ونتيجة لهذا، فإنه يترتب على رفـع الإستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمـة الدرجـة الثانيـة، وإعادة طرحه عليها، وللخصوم أن يقدموا أمام المحكمة الإستئنافية أوجه دفاع ودفوع وأدلة إثبات تتعلق بموضوع النزاع؛ ويكون للمحكمة الإستئنافية نفس السلطات التي كانت لمحكمة أول درجة، فتواجه النزاع بكل ما إشتمل عليه من أدلة ودفوع ودفاع بقضاء يواجه عناصره الواقعية والقانونية". نقلاً عن والي، قانون التحكيم فـي النظريـة والتطبيـق، نبـذة319، ص 568.

3- قرار رقم 2008/264 تحكيم، محكمة إستئناف عمان، تاريخ 2008/8/20 .

مواءمة أو عدم مواءمة قرار المحكمين وتفسيرهم القانون وتطبيقه وما توصلوا إليه والنتائج التي خلصوا إليها، وصولاً إلى حل النزاع والفصل فيه على ضوء البينات المقدمة أمام هيئة التحكيم، وأن دور محكمة الاستئناف في دعـوى بطـلان قـرار المحكمين محصور ومحدود في بطلان قرار المحكمين، إن وجدته مخالفاً لحالة من الحالات المنصوص عليها في المادة (49) من قانون التحكيم أبطلتـه، وإلاّ قـضت بتصديقه دون الولوج إلى موضوع النزاع".

ولتأكيد صحة ما إنتهت إليه محكمة الإستئناف، تُشير الأخيرة إلى قرار تمييز حقوق رقم 2003/1919، تاريخ 2003/9/14، والذي جاء فيه أنه" من المقرر في قضاء محكمة التمييز أن محكمة الإستئناف المناط تصديق أو فسخ قرار المحكمـين ليس من ضمن واجباتها مراقبة صحة وسـلامة إسـتخلاص المحكمـين للوقـائع والنتائج، وإنما يقتصر على مراقبة قانونية هذه البينة والتثبت من أن قرار التحكـيم ليس فيه مخالفة لشروط وأحكام المادة(13) من قانون التحكيم".

وتستطرد محكمة الإستئناف قائلةً:

" وتأسيساً عليه فلا تملك محكمة الإستئناف في دعوى بطلان قرار المحكمـين البحث في مدى سلامة أو خطأ المحكمين في تطبيق وتفـسير القـانون أو تأويلـه وفهمهم للوقائع وما إستخلصوا من نتائج، والقول بغير ذلك يعنـي تـسلط محكمـة الإستئناف على عمل المحكمين وإعادة بحث موضوع النزاع وطرحه مجدداً أمامها، الأمر الذي لم ينص عليه قانون التحكيم ولم يمنح محكمة الإستئناف هـذه الـسلطة و/أو الصلاحية، وإن سلطتها حسب القانون هي رقابية إجرائية ولا تملك الولوج إلى موضوع النزاع...".

وقد أكدت محكمة التمييز هذه المبادئ في قرارها الذي جاء فيه[1]:

" ومع أن الإجماع منعقد في الإجتهاد والفقه على أن دعوى بطلان حكـم التحكـيم ليست طعناً بالإستئناف، فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيب قـضاء الحكم فيه، كما أنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملائمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ إجتهادهم في فهم الواقع وتكييفـه

1- تمييز حقوق رقم 2006/201، تاريخ 2006/8/21 .

أو تفسير القانون وتطبيقه، ذلك أن الرقابة المنصوص عليها في المادة 49 من قانون التحكيم الأردني لها صيغة شكلية، بحيث لا تنفذ إلى أصل النزاع ولا تسلط المحكمة رقابة على كيفية تأويل هيئة التحكيم للقانون وكيفية تطبيقه، إلاّ أن ذلك مشروط بأن لا يكون هناك خرق لقواعد النظام العام" [1]

والمشرع الأردني في تنظيمه لدعوى البطلان التي ترفع ضد أحكام التحكـيم في المواد 48-51 [2]، قصد إغلاق كافة طرق الطعن الأخرى تبسيطاً لإجـراءات التحكيم ومنعاً من تعدد طرق الطعن، الأمر الذي يترتب عليه ظهور مرحلة جديـدة من المنازعات، هي مرحلة ما بعد صدور الحكم.

وكما جعل المشرع من هذه الدعوى الطريق الوحيد لفرض الرقابـةScrutiny على أحكام التحكيم، فإن حالات البطلان يجب أن تحتوي على كافة المآخذ الحقيقية التي تعتري حكم التحكيم، وإلا سيترتب على القول بغير ذلك إنغلاق طرق المراجعة

1- قارن ذلك بموقف محكمة التمييز في ظل القانون الملغي لسنة 1952، والتـي قـضت" إن المحاكم وهي تنظر في دعوى تصديق أو فسخ قرار المحكمين تملك حق تدقيق البينة التـي إعتمدها المحكمون للوصول إلى النتيجة التي توصلوا إليها وترى إن كانت قانونية وتـؤدي إلى هذه النتيجة... وإذا وجدت المحاكم أن تلك البينة ليست قانونية أو أنها لا تؤدي للنتيجـة التي توصل إليها المحكمون فيحق لها أن تفسخ قرار المحكمين على أساس أنه لـيس مبنيـاً على سبب يبرر إصداره". تمييز حقوق رقم 1964/64، تاريخ= 1968/9/7، مجلة نقابـة المحامين لسنة 1968، ص 705. قارن موقفها في قرار آخر حين قضت بأنه " إذا قُـدمت إلى المحكمين بينة تؤدي إلى الوقائع والنتيجة التي توصلوا إليها، فلا تتدخل المحكمة بمراقبة صحتها". تمييز حقوق رقم 1968/15، تاريخ 1968/3/3، مجلة نقابـة المحـامين لـسنة 1968، ص 275. وقضت كذلك بأن " محكمة الموضوع في الطلب الذي يقدم إليها بتصديق حكم المحكمين، لا تملك صلاحية الحكم بمبالغ جديدة – كالفائدة القانونية- بالإضافة إلى مـا قضى به الحكم المطلوب تصديقه (أي أنها لا تملك إعادة النظر في الموضوع)، وينحـصر اختصاصها إما بإعادة قرار التحكيم إلى المحكمين أو تصديق قرارهم أو رد طلب التصديق. تمييز حقوق رقم 1970/247، تاريخ1971/1/12، مجلة نقابة المحامين لـسنة 1971، ص 171.

2- عالجها المشرع المصري في المواد 52-54 من قانون التحكيم، والسوري في المواد 49-52، والتونسي في الفصول 39-46، والعماني في المواد 52-54.

بخصوص بعض أوجه البطلان، وهو ما لا يجوز؛ لأنه بذلك يرفع حكم التحكيم إلى مرتبة أعلى من حكم القضاء، وهي نتيجة لا يمكن قبولها لا من أنصار التحكيم ولا من المتعاملين به[1].

ويذهب رأي في الفقه المصري إلى أن دعوى بطلان حكم التحكيم هو نظام خاص وأسلوب جامع لمراجعة حكم التحكيم، فلا يجوز تفسير أسبابها تفسيراً ضيقاً أو تخصيصها بغير نص، بإعتبارها السبيل الوحيد لإلغاء حكم التحكيم المعيب. فالتحديد الذي جاء به المشرع المصري- بحسب هذا الرأي- أدى إلى إنتقاد فقهي شديد مرجعه أن حالات البطلان التي وردت لا تتسع لكل ما يمكن أن يلحق بحكم التحكيم من عيوب تؤدي إلى بطلانه، كما لو ُبني الحكم على غش أو على ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم أو حصل الخصم على أوراق يتغير بها وجه الحكم، إلى غير ذلك من حالات الخطأ في تطبيق القانون التي كان يمكن علاجها عن طريق الطعن في حكم التحكيم بالإستئناف؛ وهو لم يعد ممكناً الأمر الذي يغلق على المحكوم ضده كل طريق لإصلاح الخطأ. [2]

وفي هذا الفصل من الدراسة، نكتفي ببحث مسألة " إستبعاد المحكم تطبيق القانون الموضوعي على النزاع"، الواردة في البند (4) من الفقرة (أ) من المادة 49 من قانون التحكيم، بإعتبارها تمثل خروجاً عن القواعد القانونية المختارة للتطبيق على موضوع النزاع، وما يثيره هذه السبب من مشكلات، ونحيل في باقي حالات البطلان إلى مراجع تناولتها بتفصيل أكثر[3].

1- بركات، الطعن في أحكام التحكيم، نبذة 32، ص45.

2- أنظر تفصيلاً في هذا الإتجاه: صاوي، أحمد السيد، 2008، بطلان حكم التحكيم، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، المجلد 2، ص 766 وما بعدها.

3- راجع والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ص 541 وما بعدها/ الحداد، حفيظة السيد، 2004، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 322 وما بعدها، ومؤلفها الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية/ بركات، الطعن في أحكام التحكيم/ حداد، حمزة أحمد، 2007، الطعن بحكم التحكيم في القوانين العربية، ورقة عمل مقدمة في الدورة

ويجب الإشارة عند الحديث عن دعوى بطلان حكم التحكيم، أن عيوب الأحكام القضائية تنقسم إلى نوعين: العيب في الإجراء، والعيب في التقدير،[1] فـإذا شـاب الحكم عيب في الإجراء، فان هذا العيب يمكن أن يؤدي إلى بطلانه؛ أمـا إذا كـان الحكم - كعمل قانوني- غير معيب ولكن به عيب في التقدير، فـإن هـذا العمـل القانوني يكون صحيحاً ولكنه غير عادل، إذ هو ينسب إلى المـشرع إرادة ليـست له[2].

وهذا ما إستقر عليه القضاء سواء بالنسبة لأحكام المحاكم أو أحكام التحكـيم، فالعيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان- كما سيجيء - يجـب أن تكـون أخطاء في الإجراء، أي عيوباً إجرائيةً، إذ هذه وحدها التي تؤدي إلى بطلان الحكم، أما الخطأ في التقدير، أي مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويلـه؛ فإنـه مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى بطلان الحكم، وبالتـالي لا يجيـز رفـع دعـوى ببطلانه[3].

وتأسيساً على ما سبق، فإننا سنتناول فيما يلي مسألة إستبعاد تطبيـق القـانون الموضوعي كحالة منصوص عليها للنعي بالبطلان على الحكم التحكيمي، وما يتفرع عن هذه الحالة من مشاكل يثيرها الفقه، وأبرزها مسألة تشويه القانون أو مـسخه، وكذلك مسألتي الوصف القانوني الخاطئ والإستبعاد الجزئي للقانون الذي إختـاره الفرقاء، ومن ثم سنرى أثر كل من هذه الحالات على صـحة إتفـاق التحكـيم أو بطلانه.

التدريبية للتخصص في التحكيم التجاري الدولي والمعدة من قبل مركز دبي للتحكيم الـدولي بالتعاون مع الجامعة اللبنانية، دبي، 2007/4/29، www.aiadr.com.

1- يجب أن يطبق الحكم إرادة القانون في النزاع المعروض، فإن أخطأ في هـذا فإنـه رغـم صحته كعمل قانوني يكون معيباً بمخالفة القانون، ويكون الحكم كذلك إذا إعتبر الحكم قاعدة قانونية موجودة وهي لا وجود لها، أو إعتبر قاعدة غير موجـودة وهـي موجـودة، أو إذا إعتبر القاعدة القانونية المجردة منطبقة على رابطة معينة أو مركز معين لا يخضع لها.

2- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 318 ص 566.

3- أنظر والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، نبذة 318، ص567، والأحكام القـضائية المشار إليها فيه.

1.3 إستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون على موضوع النزاع المحكم فيه

يجوز الطعن بالبطلان على حكم التحكيم إذا إستبعد تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع "If the arbitral tribunal excluded the application of the law agreed upon by the parties to govern the subject-matter of the dispute" بصريح نص المادة 49/أ/4 من قانون التحكيم الأردني[1].

ويتم تحديد هذا القانون بشكل مباشر عندما يتفق الأطراف – صراحةً أو ضمناً – على تطبيق القواعد الموضوعية المقررة في قانون معين، أو بشكل غير مباشر إذا إتفق الأطراف على قاعدة إسناد معينة، إذ أنه بتطبيق تلك القاعدة يتم التعرف على القانون الواجب التطبيق، على نحو ما سبق بيانه.

وقد رأينا أن الفرقاء قد لا يتفقوا على تطبيق قانون دولة معينة، وإنما يتفقوا على مجموعة من القواعد التي تمثل خليطاً من قوانين مختلفة، ويضمونها مشارطة التحكيم[2]، وهذا يعني أن القواعد الموضوعية التي تطبق على موضوع النزاع قد تكون عبارة عن مجموعة من القواعد التي إتفق عليها الأطراف، بالمزج بين عدة قوانين أو قواعد لا ترتبط بقانون معين بذاته، وقد تكون عبارة عن قواعد تنتمي لقانون دولة معينة.

وقد توحي الصياغة التي جاء بها المشرع في المادة 49/أ/4، أن من بين حالات قبول دعوى بطلان حكم التحكيم، تلك الحالة التي يستبعد فيها حكم التحكيم تطبيق" القانون" الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع فحسب، ولكن الصحيح أن هذا البند يتسع لإستبعاد" القواعد" التي إتفق عليها الفرقاء ولا تنتمي لقانون معين.

1- يقابلها المادة 1/51/د من قانون التحكيم المصري، والمادة 1/50/د من قانون التحكيم السوري، والمادة 1/53/د من قانون التحكيم العماني. ولم ترد هذه الحالة ضمن حالات البطلان الواردة في المادة 34 من القانون النموذجي(Unictral Arbitration Rules 1976)، والذي أستمدت منه مشاريع القوانين المذكورة آنفاً.

2- أنظر المادة 36/أ من قانون التحكيم الأردني.

فهذه" القواعد" تمثل - بحق – قانون الطرفين، وإن إستبعاد المحكم لهـا يعـد أيضا سبباً لبطلان حكم التحكيم، بحيث يجب تفسير لفظ" قانون" الوارد بنص الفقرة (أ) (4) من المادة 49 تفسيراً واسعاً، خصوصاً وأن هذا النص ذكر عبارة " القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه" ولم يربطه بدولة معينة، والقول بغير ذلك يـؤدي إلى إهدار إرادة الخصوم التي تعتبر العمود الفقري للتحكيم[1].

ولقد رأينا أنه في الحالة التي يختار فيها الفرقاء القانون الواجب التطبيق، فإن هذا القانون المختار يكون بمثابة شروط تعاقدية ملحقة بالعقد، ومن غير المنطق أن تنصرف نيتهما إلى هدم التصرف الذي أقاماه بإرادتهما. ومن ثم فإنه يتعين إستبعاد أثر القواعد الآمرة التي يحتويها القانون المختار في إبطال التصرف، ما لم تكن هذه القواعد الآمرة - والمؤدية إلى البطلان - مما تفرضه مقتضيات النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي؛ فهذه القواعد الآمرة التي يحتويها القانون المختار تعد من النظـام العام في القانون الذي يحتويها، ويستند تطبيقها على العلاقة لإختيار الطرفين لهـا، ومن ثم فهي تعتبر بمثابة شروط تعاقدية على الرغم من صفتها الآمرة[2].

ولكن ما المقصود(بالإستبعاد)، وهل يعتبر تطبيق المحكم لفرع مـن فـروع القانون المتفق على تطبيقه إستبعاداً بالمعنى المقصود في المادة 49/أ/4؟ وهل يتوفر الإستبعاد عند عدم تطبيق شروط العقد؟ ماذا لو إستبعد المحكـم القـانون الواجـب التطبيق على إجراءات النزاع، هل يمكن قياس هذه الحالة على تلك التي يستبعد فيها القانون الموضوعي؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في ما يلي.

1- الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة فـي المنازعـات الخاصـة الدوليـة، ص177.

2- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتـب علـى عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص607./ الجمال وعبد العال، التحكيم فـي العلاقـات الخاصة الدولية والداخلية، بند496.

1.1.3 شروط توافر حالة الإستبعاد

الواقع أنه يجب لتوافر حالة الإستبعاد المنصوص عليها في البند الرابـع مـن الفقرة (أ) من المادة 49 تحقق شرطين: [1]

1.1.1.3 الشرط الأول: أن يكون الأطراف قد إتفقوا على تطبيق قانون معين على موضوع النزاع

فلا تتوافر هذه الحالة إذا لم يوجد إتفاق صريح أو ضمني بين الطرفين علـى تطبيق قانون معين، وطبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية في القانون الذي رأت أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع[2]، ولو أخطأت الهيئة وطبقت غير هذا القانون.

ومن ناحية أخرى، فإن هذه الحالة لا تتوافر إذا لم تطبق هيئة التحكيم القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه بالنسبة لإجراءات التحكيم، فالمادة 24 من قـانون التحكيم أعطت الحق لطرفي التحكيم في الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئـة التحكيم، بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعـد المتبعـة فـي أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها. فالنص واضح في قصر هذه الحالة على" القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

فنص المادة 49/أ/4 كان صريحاً في قصر الطعن بالبطلان vacating علـى حالة إستبعاد القانون الواجب التطبيق على موضـوع النـزاع disregard of law applicable to the substance of the dispute، الأمر الذي يصعب معه مـد هـذا الحكم على حالة إستبعاد القواعد التي تحكم الإجراءات procedural rules.

والواقع أن التفرقة في الإستبعاد بين الحالتين ليس له ما يبرره قانوناً أو عملاً، فكلاهما من إتفاق الطرفين، وأن إستبعاد أي منهما يمثل إهداراً لإرادتهما، ومن ثـم

1- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 324، ص 580.

2- " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النـزاع طبقـت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع". المـادة 36/ ب من قانون التحكيم الأردني. تقابلها المادة 2/39 من القانون المصري، والمادة 2/38 من القانون السوري، والمادة 2/39 من القانون العماني.

سبيلاً للطعن بالبطلان على الحكم. ولكن قد يجد البعض عذراً للمـشرع فـي هـذا المسلك، بالقول أن معظم حالات الطعن بالبطلان على حكم التحكيم مرتبطة بمخالفة إجراءات التحكيم، مما يغني عن إفراد نص يقرر البطلان في حالة إستبعاد المحكـم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم[1].

2.1.1.3 الشرط الثاني: أن يستبعد حكم التحكيم تطبيـق القـانون الـذي إتفـق الأطراف على تطبيقه

فلا تتوافر هذه الحالة إذا طبق المحكم هذا القانون، ولكنه خالف قاعدة قانونية فيه، أو أخطأ في إختيار القاعدة الصحيحة واجبة التطبيق فيه، أو اختـار القاعـدة القانونية واجبة التطبيق ولكنه أخطأ في تطبيقها أو في تأويلها.

ولهذا فإن حالة البطلان التي نصت عليهـا المـادة 4/أ/49 لا تتـوافر إلاّ إذا إستبعد الحكم القانون الذي إتفق عليه الطرفان، فلا تتوافر هذه الحالـة إذاً لمجـرد إستبعاد الحكم تطبيق قواعد معنية في هذا القانون يطالب أحد الطرفين دون الآخـر بتطبيقها على النزاع؛ فهذا العيب لا يعدو أن يكون مخالفة للقـانون أو خطـأ فـي تطبيقه[2]، وهي حالات لا تؤدي إلى بطلان الحكم، على نحو ما بيّنّاه في المقدمة.

فمثلاً لو أن الفرقاء في نزاع معين إختاروا قانون التحكيم الأردنـي رقـم 31 لسنة 2001 ليحكم نزاعهم[3]، فبدلاً من أن يطبق المحكم القانون الأردنـي، طبـق

1- إن هذا القول مردود عليه من ناحيتين: الأولى: أن حالات بطلان الحكم لمخالفة الإجراءات التي عددتها المادة 49 من قانون التحكيم لم تشمل كل إجراءات التحكيم، والثانية: أنه حتـى في بعض الحالات الواردة في هذه المادة، فإن المشرع لم يقرر البطلان لمخالفة الإجراءات التابعة للقانون الذي إتفق عليه الطرفان، وإنما يقرر البطلان نتيجة عدم احترام الإجراء دون أن يشير إلى أنه الإجراء الذي إتفق عليه الطرفان، أو أنه قد ورد في القانون الذي إتفقا على تطبيقه على إجراءات التحكيم. عبد الحميد، مسائل في التحكيم، ص125-126.

2- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 324، ص 580.

3- يطبق المحكم القواعد المختارة بالحالة التي تكون عليها وقت إختيارها، فلا يجوز له هنـا مثلاً تطبيق قانون التحكيم الملغي رقم 18 لسنة 1953. أنظر المادة 4 من قـانون التحكـيم الساري.

قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993. ففي هذا الفرض، يندرج حكم التحكيم الذي إستبعد القانون المختار من قبل الأطراف بهذا الشكل الصريح، في الإطار المنصوص عليه في المادة 49/أ/4 من قانون التحكيم الأردني.

وأياً يكن الأمر، فإن حالة الإستبعاد وفق هذا الشرط لا تتوفر إذا كان الفرقاء قد إتفقا على تطبيق" القانون الأردني" وكان يجب تطبيق فرع معين من فروعه، كقانون التجارة أو قانون العمل، وطبق المحكم القانون المدني مثلاً، فإن هذا الحكم لا يبطل؛ إذ هو لم يستبعد القانون الذي إتفق الطرفان على تطبيقه. ويختلف الوضع عما لو اتفق الفرقاء على تطبيق قانون التجارة الأردني، فطبق المحكم فرعاً آخر من فروع القانون الأردني[1]. وعلى حد علم الباحث لم تُتح للمحاكم الأردنية فرصة النظر في قضايا تحكيم أسست فيها الدعوى على زعم أن هيئة التحكيم قد طبقت فرعاً آخر من فروع القانون المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع.

وإن كان إحتمال أن يخرج المحكم على القانون المختار- كتطبيقه القانون التونسي بدلاً من القانون الأردني- هكذا عياناً جهاراً وبصورة واضحة مسألة لا يتصور حدوثها كثيراً، وإنما يأتي الخروج من خلال منافذ أخرى مختلفة، كأن يخرج المحكم عن المعنى الواضح الصريح لنصوص القانون المقدمة في الدعوى، أو يخطئ في الوصف، فتكون نتيجة ذلك تطبيق قواعد غير تلك التي أرادها الفرقاء[2].

كذلك إذا اتفق الأطراف على تطبيق القانون، فليس لهيئة التحكيم أن تستبعد أحكام القانون وتقضي وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، وإلاّ كان الحكم باطلاً[3]، كذلك

1- راجع والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة325، ص 581-583، والأحكام القضائية المشار إليها فيه.

2- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص610.

3- بيد أن الفقه والقضاء في فرنسا حددا شروطاً لإمكان إبطال الحكم نتيجة هذه المخالفة، وهي أن يتعمد المحكم عدم إحترام القانون أو يتعمد إستبعاده، ويتحقق ذلك إذا تعمد المحكم أن يؤسس حكمه على أسباب أخرى غير تلك الأسباب المستمدة من نصوص القانون. مشار=

تتوافر هذه الحالة(الإستبعاد) لدى إتفاق الأطراف على تطبيق قواعد الإسـناد فـي قانون دولة معينة، فتستبعد هيئة التحكيم تطبيقها.

ويلاحظ أن حالة الإستبعاد المنصوص عليها في المادة 49/أ/4 لا تتوافر إذا لم يطبق المحكم" شروط العقد" contract provisions الذي أبرمه الطرفان، والتي يلتزم بتطبيقها وفقا للمادة 3/36 من قانون التحكيم[1]. فمصطلح شروط العقـد لا يعنـي قانوناً معيناً إتفق الأطراف على تطبيقه، كالقانون الأردني أو الفرنـسي مـثلاً، ولا نظاماً قانونياً معيناً كالشريعة الإسلامية، وإنما المقصود بهذه الشروط قواعد قانونية خاصة إتفق الأطراف على إخضاع العقد لحكمها، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة؛ كما لو اتفقوا على ضرورة إرسال إنذار قبل مدة معينة من فسخ العقد، أو على غرامـة تأخير في ظروف معينة، أو غير ذلك من الشروط التي لا تخالف النظام العـام أو الآداب أو نصاً آمراً[2].

فالمقصود إذاً من نص المادة 49/أ/4 هو إستبعاد تطبيق قانون معين أو نظام قانوني معين، مما تجيز المادة 36/أ [3] للأطراف الإتفاق على تطبيقه على موضوع النزاع، وليس مجرد عدم مراعاة شروط العقد المبرم بين الطرفين.

=إليه في: بركات، الطعن في أحكام التحكـيم، نبـذة43، ص66-67، ويـرى أن العبـرة بالخروج المتعمد والحقيقي على نصوص القانون وليس بالألفـاظ المـستخدمة مـن قبـل المحكمين، ومن جهة أخرى فإن مجرد الخروج على نصوص القانون الواجب التطبيـق لا يكفي لإبطال الحكم، وإنما ينبغي أن يكون لهذا الخروج أثره الواضح على الحل الذي إنتهى إليه المحكم في حكمه، بمعنى أنه لو كان الحكم لن يتغير لو إلتزم المحكم بتطبيـق قواعـد القانون تطبيقاً صريحاً، فلا يحكم بالبطلان.

1- والتي نصت على أنه" في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفـصل فـي موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع...".

2- راجع والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 326، ص 585-586.

3- والتي نصت على أن " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعت القواعـد الموضـوعية فـي القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع".

كان هذا إطاراً نظرياً لفكرة إستبعاد هيئة التحكيم القانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع، ولكن لزيادة الفائدة وتأصيل الفكرة وربطها بالجانب العملـي، فإننا فيما يلي سنشير إلى قرار حديث نسبياً، صدر عن محكمـة إسـتئناف حقـوق عمان، في نزاع بين شركة البوتاس العربية المـساهمة المحـدودة (APC) Arab Potash Company، وشركة آتا للإنشاءات والـصناعة والتجـارة" تركيـا" ATA Construction،Industry and Trading Inc ، وتم تمييزه، وهذا القرار يعتبر تطبيقاً قضائياً جيداً للحالة مدار البحث.

2.1.3 تطبيق قضائي

نورد فيما يلي حيثيات القرار كما جاءت على لسان محكمة الإستئناف، والتي تقول: [1]

" وفي الموضوع: وعن وقائع الدعوى المقدمة من المدعية(المستأنفة) شركة البوتاس العربية فقد إستندت فيها إلى البنود التالية:

أ- أن المدعية (المستأنفة) شركة البوتاس العربية كانت قد تعاقدت مع المستأنف ضدها شركة آتا للإنشاءات والصناعة والتجارة، بموجب العقد رقم 37/97/ البوتاس تاريخ 1998/5/2، على أن تقوم المستأنف ضدها ببناء السد رقـم (19)(Dike19) في منطقة (غور الصافي) البحر الميـت، وعلـى أن يـتم تسليمه خلال فترة لا تتجاوز(640) يوماً من 1998/3/16، حيث تم إنجازه بتاريخ 1998/12/8، أي خلال المدة المتفق عليها. وقد بدأت عملية تعبئـة الماء بتاريخ 2000/1/4 طبقاً للبرنامج المعد، وحالما وصل المحلول الملحي قرابة 56 مليون متراً مكعباً(يعني ثلاث أرباع سعة حوض الملاحة). إنهار السد رقم (19) على طول قرابة (3.2) كم، وقد أفرغت مياه المحلول الملحي الموجود في الحوض تجاه البحر الميت، وأن المدعيـة(المـستأنفة) أبلغـت المدعي عليها(المستأنف ضدها) بهذا الأمر.

1- قرار رقم 2003/71 تحكيم، محكمة إستئناف حقوق عمان، تاريخ 2006/1/24.

ب- وبتاريخ 2000/3/26 أرسل المهندس(المعين) للمدعى عليهـا(المـستأنف ضدها) ATA إشعاراً خطياً يطالبها بالقيام بواجباتها بصفتها مقاولاً، والـذي أجابت برسالة مؤرخة في 2000/3/29 معلنة أنها قـد أوفـت بإلتزاماتهـا بموجب العقد، وأن إنهيار السد(19) كان نتيجة حدث غير متوقع وهو خارج نطاق مسؤولية المقاول.

وعلى ضوء ذلك كله نشأ نزاع بين أطراف العقد، وذلك بموجب الفقرة(67) من العقد[1]، وعليه طالبت المدعية(المستأنفة) APC أن يصدر المهنـدس قـراره بخصوص النزاع الذي أصدره بتاريخ 2000/9/3، معتبراً المدعى عليها(المستأنف ضدها) ATA مسئولة عن إنهيار السد رقم (19)، وإلزامها بمعالجة الضرر علـى نفقتها الخاصة.

وبتاريخ 2000/9/6 أعلنت المدعى عليها(المـستأنف ضـدها) ATA عـدم قبولها بقرار المهندس، وأيضا أعلنت المدعية(المستأنفة) APC بتاريخ 2000/9/10 أنها تتفق مع قرار المهندس، وأيضا طالبت بإحالة النزاع إلى التحكيم حـسب مـا تضمنه العقد بهذا الخصوص إستناداً للمادة (67) منه.

وقد سمت المستأنفة(شركة البوتاس العربية) المحامي الأستاذ طاهر حكمـت محكماً عنها، كما سمت المستأنف ضدها(شركة آتا) الدكتور نائل بنّي، وقـد تـم الإتفاق على تعيين الأستاذ تيسير كنعان محكماً ثالثاً، وإعتباره رئيساً لهيئة التحكيم.

... وقدم وكيل المدعى عليها(المـستأنف ضـدها شـركة آتـا للإنـشاءات والصناعة والتجارة) لائحة إدعاء متقابل ملخصها:

1- نصت المادة 3/67 من العقد المبرم بين APC و ATA على أن النزاعات يجب تسويتها في النهاية عن طريق التحكيم "disputes should be finally settled by Arbitration"، كما نصت نفس المادة في الفقرة 3/4ج على الشروط المرجعية the terms of reference والتي جاء من ضمنها أن الحكم يجب أن يكون نهائياً وملزماً وغير قابل للإستئناف "the award shall be final and binding and not subject to appeal".

أولاً: إستهلت المدعية بالتقابل(ATA) لائحة دعواها المتقابلة بسرد موجز للوقـائع التي أدت للبدء في اتخاذ هذا الإجراء مدعيةً:

1- أنه بعد الإنهيار الجزئي للسد (19) قامت المـدعى عليهـا بالتقابـل(APC) بمصادرة كفالة الأداء.

2- إن المدعى عليها بالتقابل(APC) رفضت دفع أية مبالغ مستحقة عليها، ممـا تسبب لها بخسائر مادية ومعنوية.

ثانياً: قامت المدعية بالتقابل(ATA) بتعداد مطالبها على النحو التالي:

1- كفالة الأداء مبلغ(3979194.22) دولار أمريكي... وكذلك أدعت أنهـا وبتاريخ 14مايو 1998 وبموجب البند(1/10) من العقد قامـت بتقـديم كفالة أداء لصالح المدعية (المدعى عليهـا بالتقابـل APC)... بمبلـغ (3091014.50) دولار أمريكي، إلا أنها علمت من خلال مصرفها بأن المدعى عليها بالتقابل(APC) قد قامت بمصادرة هـذه الكفالـة مخالفـة أحكام البند3/10 من العقد، مما حدا بالمدعية بالتقابـل (ATA) لتوجيـه إنذار عدلي بتاريخ 2000/4/16 مطالبة إياها بإعادة مبلغ الكفالة، إلا أنها وضمن ردها بإنذار عدلي تاريخ 2000/5/10 رفضت ذلك.

2- المدعى عليها(المدعية بالتقابلATA) طالبت بمبلـغ..." وأوردت ATA بالإضافة إلى هذين البندين 8 بنود تتعلق بأضرار ورسـوم ومـصاريف وفوائد ونفقات تتصل بتنفيـذ العقـد مـع المدعيـة (المـدعى عليهـا بالتقابلAPC).

وبتاريخ 30 سبتمبر 2003 أصدرت هيئة التحكيم قرارها بالأغلبية المتضمن :

أولاً: رد دعوى المدعية (شركة البوتاس العربية) بالكامل.

ثانياً: الحكم بإلزام المدعية (المدعى عليها بالتقابل APC) بأن تدفع للمدعى عليهـا (المدعية بالتقابل ATA**)** مبلغ(5906828.30) دولار أمريكي وذلك:

(1).. (2)... (3)... (4)... (5)... (6)... (7)... (8)... (9)... .

والحكم للمدعى عليها(المدعية بالتقابل ATA) بالفائدة القانونية وقـدرها 9% سنوياً على جميع المبالغ المحكوم بها، وذلك من تاريخ تقديمها لإدعائها المتقابل في 12 يونيو 2001 وحتى السداد التام.

والحكم على المدعية (المدعى عليها بالتقابل APC) مبلـغ (277855) دولار أمريكـي، والـذي يـشمل مبلـغ (237855) نفقـات ومـصاريف المحكمـين و(40000) أتعاب محاماة".

ولم ترتضِ المدعية (شركة البوتاس العربية) بقرار أغلبيـة هيئـة التحكـيم، فطعنت به إستئنافاً أمام محكمة الإستئناف المختـصة للأسـباب الـواردة بلائحـة إستئنافها.

والواجب على محكمة الاستئناف أن ترد على أسباب الإستئناف تفصيلاً علـى النحو الذي أورده المستأنف، وهي وقد فعلت ذلك، فإننا لن نسرد أسباب الإسـتئناف جميعا ورد المحكمة عليها، إلاّ ما كان منها متعلقاً بمحل بحثنـا" إسـتبعاد تطبيـق القانون" أو تطبيقاً للموضوعات التي سبق بحثها.

تقول المحكمة:

" وعن السبب الخامس: ومفاده أن هيئة التحكيم خالفت أموراً جوهريـة فـي إجراءات التحكيم بعدم وجود محاضر موقعة حسب الأصول القانونية، مما يعتبـر معه عيب وخلل يشوب هذه الإجراءات، والحكم الـصادر إسـتناداً إليهـا يوجـب البطلان".

وفي هذا نجد بأن المستأنفة (APC) إعتمدت في هذا الطعن على أحكام المـادة (49/أ-3) من قانون التحكيم الساري، والتي جاء فيها" لا تقبل دعوى بطلان حكـم التحكيم إلاّ في أي من الحالات التالية:... 3- إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكّم أو بإجراءات التحكيم...".

"وحيث نجد بأن هيئة التحكيم قد أتاحت الفرصة الكاملـة لوكيـل المـستأنفة (APC) بتقديم كافة أقواله ودفوعه ودفاعه في جميع مراحل الدعوى، سـواء فـي الدعوى المقامة منها أم في الدعوى المتقابلة المقامة عليها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد بأن المادة (7) من نفس القانون قد جاء فيها"... إذا استمر أحد طرفـي

النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في إتفـاق التحكـيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الموعد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الإتفـاق، يعتبـر ذلك نزولاً عن حقه في الإعتراض".

وحيث لا نجد من محاضر المحاكمة أمام هيئة التحكيم أن وكيل المستأنفة قـد إعترض على عدم توقيع محاضر الجلسات أمام هيئة التحكيم، مما تعتبره محكمتنـا والحالة هذه متنازلاً عن هذا الإعتراض حسب متطلبات المادة السابقة مـن قـانون التحكيم – سالفة الذكر – وعليه فإن هذا السبب لا ينال من القرار المستأنف فنقـرر رده".

وتضيف المحكمة في ردها على أسباب الاستئناف" وعن السبب الرابع: فقـد ورد به الطعون التالية...

الطعن الأول: ومفاده أن الحكم المستأنف صدر بناءاً على إجراءات يشوبها البطلان.

وحيث تجد محكمتنا أن ما ورد بهذا الطعن جاء عاماً ومبهماً لم يبـين وكيـل المستأنفة(APC) ماهية الإجراءات إلي يشوبها البطلان التـي صـدر القـرار المستأنف بناء عليها حتى تتمكن محكمتنا من بسط رقابتها عليه، ومع ذلك كله وعلى ضوء ما توصلنا إليه من نتيجة ضمن ردنا على السبب الخـامس مـن أسباب الإستئناف من تفعيل نص المادة السابقة من قانون التحكيم الساري مـا يكفي للرد على هذا الطعن وعليه نقرر رده.

الطعن الثاني: إن الحكم المستأنف لم تتوافر به الـشروط الواجـب توافرهـا فـي الأحكام. وفي هذا تجد محكمتنا أن القرار المستأنف قد تم تدوينه كتابة وموّقع من جميع هيئة التحكيم ومسبباً، وكذلك تـضمن أسـماء الخـصوم وأسـماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وموجزاً عن إتفاق التحكيم وملخص لطلبـات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوقه وتاريخه ومكان أسبابه، وأيضاً حـدد القرار المستأنف أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم، وكل متطلبات المـادة(41)

[1]من قانون التحكيم الساري بكامل فقراتها، مما يترتب علـى ذلـك أن هـذا الطعن واجب الرد.

الطعن الثالث: إن الحكم المستأنف فيه خلط متعمد ومخل بـين وقـائع وتفـسيرات وأقوال الشهود وحيثيات، مما يجعل الأمور مختلطة وكأنه حكاية مما أفقـده الشروط الواجب توافرها في الأحكام".

وترد المحكمة على هذه الطعون قائلة" ومحكمتنـا بالنـسبة لفقـدان الحكـم المستأنف للشروط الواجب توافرها في الأحكام تجد بأنه تكراراً لمـا ورد بـالطعن الثاني من هذا السبب، ومنعاً للإطالة والتكرار نحيل إليه.

أما بالنسبة أنه – أي الحكم المستأنف – فيه خلطاً متعمداً ومخلاً بـين وقـائع وتفسيرات أقوال الشهود، وحيث نجد بأن ما ورد بذلك جاء عاماً ومبهماً لم يبين فيه وكيل المستأنف الخلط المتعمد في القرار المستأنف، هذا من جهة ومن جهة أخـرى وحيث أن المشرع الأردني أجاز للخصوم الإتفاق على طرح النزاع القـائم بيـنهم

1- والتي نصت على:

"أ. يتم تدوين حكم التحكيم كتابةً ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكـيم مـن أكثر من محكم ُيكتفى بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

ب. يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلاّ إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كـان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.

ج . يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعنـاوينهم وأسـماء المحكمـين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وموجز عن إتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخـصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرهـا واجباً، على أن يتضمن الحكم تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الأطراف.

د. وإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف والمحكمين على تحديد أتعاب المحكمين فيتم تحديـدها بقرار من هيئة التحكيم ويكون قرارها بهذا الشأن قابلاً للطعن أمام المحكمة المختصة ويكون قرار المحكمة في هذه الحالة نهائياً".

على محكمين بدلاً من طرحه على المحكمة المختصة، فإن مبعث ذلك الثقة بهم [1] والذي لا نجد أي خاط متعمد من قبل هيئة التحكيم، وعليه فإن هذا الطعـن غيـر وارد. وعليه فإن هذا السبب بكافة طعونه مستوجبا الرد فنقرر رده".

وتتابع المحكمة قائلة: "... وعن السبب السابع: إن جوهر النزاع المراد الحكم فيه هو بين طرفي الاستئناف، أي بين صاحب العمل وبين المقاول، وقـد خالفـت الأكثرية قاعدة جوهرية مؤداها ضرورة بقاء التحكيم في حدود النـزاع وأطرافـه، ومن غير الجائز البحث فيما عدا ذلك".

وفي هذا نجد أن من واجبات هيئة التحكيم البحث والتمحيص في كافة البينات المقدمة إليها للوصول إلى النتيجة المطلوبة حسب الواقع والقانون.

من ذلك، نجد أن يتوجب على هيئة التحكيم بيان على من تقع مسؤولية إنهيار السد رقم(19) محل النزاع أهو رب العمل أم هو المقـاول، وحيـث أن المـستأنفة إعتمدت في دعواها أن المسؤول عن إنهيار السد هي المدعى عليهـا(المـستأنف ضدها) شركة آتا، أما الأخيرة فقد دفعت دعوى المدعية(المستأنفة APC) بأنها غير مسؤولة عن هذا الأمر".

وتضيف المحكمة..." إن التطرق لشركة(جيبGibb) على ضوء ذلك كله هو من واجبات هيئة التحكيم – كما أسلفنا – وعليه فإن هذا السبب يقتضي رده".

وتواصل المحكمة ردها على أسباب الاستئناف، وتقول" وعن السبب التاسـع: ومفاده أن النزاع الذي عرض لهيئة التحكيم وأصدرت الحكم فيه بالأغلبية، هو نزاع لا يقبل التجزئة مع نزاع آخر ضد الـشركة البريطانيـة(Gibb) التـي صـممت السد(19) والذي أدى إلى إنهيار جزء منه إلى اللجـوء إلـى التحكـيم لتعـويض المستأنفة(APC) عما لحقها من أضرار، ويعتبر جزءاً لا يتجزأ من النـزاع مـع الشركة البريطانية(Gibb)، وكذلك يكون الحكم باطلاً إذا صدر في نـزاع لا يقبـل التجزئة مع نزاع وطرف آخر.

1- قضت محكمة التمييز أنه" لا يقبل من المميز أن ينسب الجهل للمحكم طالما قد إتفـق هـو والمميز ضده على إنتخابه". تمييز حقوق رقم 1969/249، تاريخ 1970/11/1، مجلة نقابة المحامين لسنة 1970، ص83.

وفي هذا نجد بأن المستأنفة (APC) هي التي بادرت إلى إقامة الدعوى أمـام هيئة التحكيم.... وأنها – أي المستأنفة APC – لم تتعرض لنزاع آخر قـائم بينهـا وبين شركة جيب البريطانية ضمن لائحة دعواها، وأنها اختارت التحكيم بينها وبين المدعى عليها(ATA) لفض النزاع القائم بينهما، وان هيئة التحكيم شرعت بـالنظر في هذا النزاع وأصدرت حكمها المستأنف بناء على ذلك، فإن مطالبتها بإبطال هذا الحكم على اعتبار وجود نزاع بين المستأنفة(APC) وأي شخص آخر تعتبر مطالبة مستندة إلى أسس غير سليمة مما يترتب على ذلك أن هذا السبب لا ينال من القرار المستأنف مما يستوجب رده".

وتكمل المحكمة ردها على أسباب الإستئناف، وبالتحديد عن الأسباب الثـاني والثالث والثامن من أسباب الحكم المستأنف، وهي الأهم على الإطـلاق، والأكثـر صلةً بمحل بحثنا، وتقول" وعن الأسباب الثاني والثالث والثامن: ومفادها أن إتفـاق التحكيم وعقد المقاولة نصا على أن يكون القانون الأردني هو الواجب التطبيق على العقد وعلى التحكيم وإجراءاته والحكم الصادر به، إلاّ أن الحكم الصادر بالأغلبيـة ورغم تطرقه إلى مواد القانون المدني الأردني إستبعد تطبيق نصوص هذا القـانون بتجاهل أحكامه، بما في ذلك تلك المتعلقة بالنظـام العـام والخطـأ فـي تطبيقهـا وإستبعادها في التأويل والتفسير وبأخطاء جسيمة أدت إلى فسخها.

وفي هذا ومن تدقيق المحكمة لملف الدعوى بكامل محتوياته تجد ما يلي:

إن طرفي التداعي (المستأنفة APC والمستأنف ضدها ATA) وبنـاء علـى عقـد المقاولة المبرم بينهما المتعلق ببناء السد رقم (19) في منطقة غور الصافي – البحر الميت - ، إتفقا على إحالة النزاع القائم بينهما على التحكيم، وإسـتجابة لمـا ورد بالبند المتعلق بالتحكيم(في عقد المقاولة) فقد قامت المـستأنفة (شـركة البوتـاس العربية APC) بتعيين المحكم الأستاذ طاهر حكمت محكمـا عنهـا، بينمـا قامـت المستأنف ضدها (شركة آتا ATA) بتعيين الدكتور نائل بني محكما عنهـا، وتـم الإتفاق بين الطرفين على تعيين الأستاذ تيسير كنعان محكما ثالثا وإعتباره رئيـساً لهيئة التحكيم، وأن المحكمين الثلاث قبلوا بالمهمة الموكلة إليهم.

وكذلك نجد بأن طرفا التداعي (التحكيم) إتفقا على أن القانون الأردني هو القانون الواجب التطبيق، بالإضافة لأحكام العقد المبرم بينهما وإلى البنود الأخرى المتمثلة في إتفاقهما على لغة إجراءات التحكيم وكيفية تقديم البينات وكيفية إستجواب الشهود ومدة التحكيم وأتعاب هيئة التحكيم ونفقاتها...الخ.

وحيث نجد بأن هيئة التحكيم قامت بتطبيق القانون المدني الأردني الساري، إلاّ أن المستأنفة (APC) طعنت بأن القرار المستأنف إستبعد تطبيق نصوص هذا القانون".

وتضيف المحكمة" وللفصل في هذا الأمر، لا بد من الرجوع إلى المواد القانونية المتعلقة بعقد المقاولة الواردة في القانون المدني، حيث نجد بأن الفصل الأول من الباب الثالث قد بينت ذلك(1).

فالمادة (780) عرفت عقد المقاولة بأنها" عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر".

المادة (785) " يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد...."

المادة (786) " يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه".

من ذلك نجد بأن إلتزام المقاول في عقد المقاولة هو تحقيق الغاية المتفق عليها وليس بذل العناية لتحقيق النتيجة، وعليه فإن إخلاله بإلتزامه(بتحقيق الغاية) يعتبر ملزماً بضمان ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة، سواء كان هذا بتعديه أو بتقصيره أم لا".

ولتدعيم وجهة نظرها، تشير محكمة الإستئناف إلى القرار التمييزي رقم 85/313 والذي جاء فيه" ... ويلتزم المقاول بضمان ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان الضرر ناشئاً عن تعديه وتقصيره أم لا...".

وتستطرد المحكمة قائلةً " وعليه فإن مسؤولية المقاول تنجم عن جميع الأحوال بما فيها عدم وجود تعدي أو عدم وجود تقصير، ويستثنى من ذلك حالة وجود

1- المواد 780-804 من القانون المدني.

حادث لا يمكن التحرز منه(المادة 786 سالفة الذكر) بمعنى أن المقاول يضمن مـا تولد عن فعله أو صنعه، سواء بتعديه أو تقصيره أم لا، أي أنه يـضمن الـضرر الكامل بشكل عام من التعدي أو غير التعدي، من التقصير أو سواه، ما دام الضرر ناجماً بالنتيجة عن فعل التنفيذ مهما كان مصدره".

وتضيف المحكمة: " أما المادة (788) [1] مـدني، فقـد وضـحت مـسؤولية المهندس (في عقد المقاولة) الذي يضع تصميم البناء، والذي ينفذه المقـاول تحـت إشرافه، حيث إعتبرهما المشرع متضامنين لصاحب العمل عما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه، وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، وذلك خـلال مـدة عشر سنوات من حدوث ذلك.

وعليه فإن ما ورد بهذه المادة لا يلغي مسؤولية المقاول عن ضمان ما ينـشأ عن تنفيذه، وإنما أراد بها المشرع زيادة الضمان لصاحب العمل بإضافة مـسؤولية المهندس مع مسؤولية المقاول.

وكذلك تجد محكمتنا ومن تدقيقها لملف الدعوى والبينات المقدمة فيهـا، بـأن شركة جيب(Gibb) لها دور الإشراف الرئيسي على العمل المتفق عليه من طرفـي التداعي، ويتمثّل ذلك في إقتراح التعديلات ومراجعة القرارات اليوميـة والـسماح بإصدار تلك القرارات، وكذلك أية قرارات غير يومية، بحيث لم يكن يجر إتخاذ أي قرار إلا بعد مراجعتها، وان ممثلو المتعهد(المستأنف ضدها ATA) على علم بهـذه الأمور، وذلك بإجتماعهم مع ممثلي شركة (Gibb)، أضف إلى ذلك أنها هـي (أي

1- والتي نصت على أنه:" =

1. إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه علـى أن ينفـذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث فـي خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبانٍ أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول.
2. يبقى الإلتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيـب فـي الأرض ذاتها أو رضي صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة.
3. تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل".

شركة جيب(Gibb) التي تسمح للمهندس المعين من (APC) بإصدار أوامر الإستمرار بالعمل أو التغير" .

وتستخلص المحكمة مما تقدم" بأن شركة جيب - وبرضى طرفي التداعي- كانت المستشار الفعلي، حيث أن عملها كان بالإشراف الفعلي على كل عمل في المشروع بالإضافة إلى المحافظة على التصميم، أي أنها كانت تقوم بالإشراف الفعلي بكل ما تتخذه هذه الكلمة من معنى".

وتستخلص كذلك" فيما يتعلق بمدى مسؤولية صاحب العمل(APC)، وحيث أن الإنشاءات موضوع التعهد، والتي تتمثل في إنشاء سد قابلاً للإستخدام، فإن تنفيذ ذلك يتطلب خبرة علمية وفنية وتكنولوجية، والتي نجدها غير متوفرة في صاحب العمل الذي يعتبر رجل عادي، والذي ليست لديه تلك الخبرة لإنشاء السد؛ فإن مؤدى ذلك أنه غير مسؤول عن إنهيار السد".

وبالنتيجة تقرر المحكمة" بأن حكم التحكيم المستأنف، إستندت الأكثرية في إصداره تطبيقها نص المادة(789) [1] من القانون المدني، والتي نجدها لا تنطبق على الدعوى الماثلة، وأن أكثرية هيئة التحكيم لم تُفعل نص المادة(786) [2] من ذات القانون، مما يعتبر هذا الحكم (المستأنف) قد إستبعد تطبيق القانون المتفق عليه على موضوع الدعوى، مما يترتب على ذلك أن هذه الأسباب ترد على القرار المستأنف حسب متطلبات المادة(49/أ- د) من قانون التحكيم الساري، ويتوجب فسخه".

1- والتي تنص على أنه" إذا أقتصر عمل المهندس على وضع التصميم دون الأشراف على التنفيذ كان مسؤولاً فقط عن عيوب التصميم، وإذا عمل المقاول بإشراف صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون عيوب التصميم".

2- والتي تنص على أن" يضمن المقاول ما تولد عن فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكان بتعديه أو تقصيره أم لا، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه".

وتأسيساً على ما سبق قررت المحكمة رد الطعون الـواردة ضـمن أسـباب الإستئناف الأول والرابع والخامس والسادس والـسابع والتاسـع، وتأييـد الحكـم المستأنف المتعلق بها وإعتباره حكماً قطعياً غير قابل للطعن.

وقررت المحكمة كذلك بالنسبة للطعون الواردة بالأسـباب الثـاني والثالـث والثامن قبولها، وبالنتيجة فسخ الحكم المستأنف الصادر عن الأكثرية لهيئة التحكـيم وقضت ببطلانه، وفي نفس الوقت إسقاط اتفـاق التحكـيم المنعقـد بـين طرفـي التداعي[1].

لم يرتض الفرقاء في الدعوى بالقرار الإستئنافي، فاستدعيا تمييزه، وجاء فـي القرار[2]:

" وعن أسباب التمييزين: وعن أسباب التمييز المقدم من شركة آتا:

وبالنسبة للسبب الأول : ومفاده تخطئة محكمة الإستئناف ببحث النزاع من حيث الموضوع بالرغم من قبول أسباب الاستئناف الثاني والثالث والثامن إستناداً لنص المادة 4/أ/49 من قانون التحكيم بالإضافة إلى أنها قد وقعت في تناقض بقولها تارة قرار التحكيم وإعتبار الأسباب المشار إليها في البند الأول من حكمها قراراً قطعياً ومعاودة إبطال جزءاً من القرار وفسخته وألغت إتفاقية التحكيم.

وفي ذلك نجد أن محكمة الإستئناف في معرض تصديها للأسباب التي ساقتها الجهة المميز ضدها(APC) لإبطال قرار التحكيم الصادر عن هيئة المحكمين بتاريخ

1- " إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تـأمر بتنفيـذه ويكـون قرارها بذلك قطعياً. وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قـابلاً للتمييـز خـلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ، ويترتب على القرار القطعي ببطلان حكـم التحكـيم= =سقوط إتفاق التحكيم". م 51 من قانون التحكيم. ومن نافلة القول الإشارة أنه في القـانونين الأردني والمصري تكتفي المحكمة بإبطال الحكم المطعون فيه، ويعود الخصوم إلى الحالـة التي كانوا عليها قبل صدوره. أما القانون الفرنسي فقد أجاز للمحكمة إذا قضت بالبطلان أن تفصل في الموضوع في الحدود التي كان يملكها المحكم، إلاّ إذا إتفق الأطراف على خلاف ذلك(المادة 1485 من قانون المرافعات الفرنسي).

2- تمييز حقوق رقم 2006/1352، تاريخ 2007/1/16.

2003/309 قد قررت أن الأسباب الأول والرابع والخامس والسادس والسابع لا ترد على قرار هيئة التحكيم مما يقتضي ردها في حين أنها إرتأت أن الأسباب الثاني والثالث والثامن واردة عليه وتنال منه وقررت تبعاً لذلك إبطاله وبالتالي فإنه لا يوجد أي تعارض في القرار الطعين ذلك أنها لم تؤيد حكم التحكيم في أي جانب منه بل أبطلته وأن ما ذهبت إليه من أن رد الأسباب المشار إليها هو قرار قطعي لا أساس له من القانون ولا تأثير له على نتيجة الحكم الذي توصلت إليه بإبطال قرار المحكمين الصادر بالأكثرية مما يقضي الإلتفات عما جاء في هذا السبب.

وعن السببين الثاني والثالث ومفادهما تخطئة محكمة الإستئناف في تجاوزها لإختصاصها المحدد بموجب المادة 49/أ/4 من قانون التحكيم ذلك أنها بعد أن توصلت إلى أن المحكمين قد طبقوا أحكام القانون الأردني عادت وبحثت أموراً هي من صميم الواقع والقانون وتتعلق بوقائع وبينات الدعوى وأخرى لا وجود لها إلا في قرار المخالفة.

وفي ذلك نجد أنه إستناداً للمادة 67 من العقد المبرم بين طرفي الدعوى فقد إتفقا بموجبها على إحالة أي نزاع ينشأ بينهما فيما يتعلق بالعقد لهيئة تحكيم ثلاثية بحيث يقوم كل طرف بتسمية محكم واحد بينما يتم الإتفاق بين الطرفين على تسمية المحكم الثالث، وإتفقا كذلك على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني بالإضافة لأحكام وشروط العقد.

وحيث أن الجهة المدعية " المميز ضدها APC" قد ساقت الأسباب لإبطال التحكيم ومنها أن المحكمين قد إستبعدوا في قرارهم تطبيق القانون الأردني المتفق على تطبيقه فإن ذلك يتطلب من محكمة الإستئناف الوقوف على مدى تطبيق النصوص الواردة في القانون المدني الخاصة بعقد المقاولة على الوقائع الثابتة في الدعوى ويتأتى ذلك من خلال فحص الوقائع والبينات الواردة وما هو مستخلص وصولاً إلى الجهة المسؤولة عن ضمان العيوب اللاحقة المشار إليه في أحكام المواد 785، 786، 788، 789، من القانون المدني الأردني".

وتستطرد المحكمة قائلة: "وحيث أن محكمة الإستئناف بصفتها محكمة موضوع قد خلصت إلى أن هيئة التحكيم مصدرة القرار وان إتبعت ظاهرياً

نصوص القانون المدني الأردني الخاصة بعقد المقاولة إلا أنها من ناحية عملية إستبعدت تلك النصوص على ضوء الوقائع التي إستخلصتها والمستقاة من الملف والتي تشير إلى مسؤولية الجهة المميزة(ATA) مع الجهة المصممة والمشرفة على تصميم السد 19.

وحيث أن ما خلصت إليه محكمة الإستئناف له ما يبرره في ملف الدعوى فيكون ما ذهبت إليه لا يشكل خروجاً على أحكام المادة 4/أ/49 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 ولكن إعمالاً لهذه المادة مما يقتضي رد هذين السببين.

وعن السبب الرابع ومفاده أن محكمة الإستئناف قد تناقضت مع نفسها عندما منعت شركة البوتاس من التعرض لمسائل الواقع أمامها بجلسة المحاكمة المنعقدة في 16-1-2004 مما أدى بالمميزة(ATA) وعلى ضوء ذلك القرار بعدم ترجمة أي بينة تتعلق بالواقع ألا تعالج في أقوالها ومرافعاتها الختامية لتلك الوقائع وبالتالي فإن محكمة الإستئناف قد فوتت الفرصة عليها في هذا الشأن.

وفي ذلك نجد أن ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف بقرارها الإعدادي المؤرخ في 2004/1/16 من ضرورة مراعاة وكيل شركة البوتاس في طلباته المشار إليها في المذكرة المقدمة منه بجلسة 2004/5/4 أحكام المادة 49 من قانون التحكيم فإن ذلك لا يعني بحال من الأحوال أنه يمتنع عليها مراقبة الوقائع الواردة في الملف، ومن جهة ثانية فإن مثل هذا القرار المتخذ لم يتطرق إلى منع الجهة المميزة من تقديم أي بينة ترغب في تقديمها وبالتالي فإن إحتجامها عن تقديم أية بينة أمر يعود لها وعليها تحمل تبعة ذلك مما يقتضي رد هذا السبب".

وتواصل المحكمة الرد على أسباب التمييز وتقول: " **وعن السببين الخـامس والسادس** ومفادهما تخطئة محكمة الاستئناف ببحث إثارة نقاط واقعية غير ثابتة في الملف كما أنها تجاوزت أحكام قانون التحكيم عندما ولجت بإعطاء تفسيرات خاطئة لأحكام المواد 786و 788 و789 من القانون المدني.

وفي ذلك نجد أن ما جاء في ردنا على السببين الثاني والثالـث مـن أسـباب الطعن ما يغني عن الرد على ما جاء في هذين السببين فنحيل إليهما منعاً للتكرار".

وبعد أن أنهت المحكمة الرد على أسباب التمييز المقدمة من شـركة (ATA)، والتي تمحورت في تخطئة محكمة الإستئناف في تجاوز إختصاصها في الولوج في أمور هي من صميم الواقع، وهو ما لا يجوز- بحسب ما أبدتـه المميـزة ATA- بزعم أن محكمة الإستئناف هي محكمة قانون وليست محكمـة موضـوع، إنتقلـت محكمة التمييز للرد على ما أبدته المميزة(المميز ضدها بالتقابل APC) من أسباب، فتقول:

"وعن أسباب التمييز المقدم من شركة البوتاس العربية جميعاً والتي تنصب في مجملها على تخطئة محكمة الإستئناف فيما ذهبت إليه من أن ردها لأسباب الطعن الأول والرابع والخامس والسادس والسابع والتاسع هو قرار قطعي غير قابل للطعن لأن ذلك مخالف للقانون ويلحق الضرر بالطاعنة بالرغم من أنها قد ربحت دعواها ولم تخسر شيئاً منها الأمر الذي كان يتوجب معه على محكمة الإستئناف أن تحكم لها بأتعاب المحاماة.

وفي ذلك نجد أنه بالإضافة لما جاء في ردنا على السبب الأول من أسباب الطعن الذي تقدمت به شركة آتا فإن القرار الصادر عن محكمة الإستئناف القاضي بتأييد حكم التحكيم فإنه يتوجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً وفقاً لأحكام المادة 51 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 أما إذا قضت ببطلانه فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على القرار القاضي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم.

وفي الحالة المعروضة وحيث أن محكمة الإستئناف قد توصلت في قرارها الطعين إلى أن قرار التحكيم مخالف لأحكام المادة 4/1/49 من قانون التحكيم وقضت تبعاً لذلك ببطلانه وإسقاط إتفاق التحكيم فان مؤدى ذلك أنها قد قبلت الطعن به.

أما ما جاء في قرارها والمتعلق بالبند 1 منه من أن أسباب الطعن الأول و...و...والتاسع لا ترد على القرار المطلوب إبطاله فإن مثل هذه النتيجة لا تعتبر جزءاً من منطوق الحكم وما هي في حقيقة الأمر إلا معالجة لأسباب الطعن تلك الأمر الذي كان يتوجب معه على محكمة الإستئناف أن تقرر ردها فقط وحيث أنها

ذهبت إلى خلافه واعتبرت ردها على تلك الأسباب قطعياً فيكون ما ذهبت إليه لا تأثير له على منطوق الحكم ولا يعني بأي حال من الأحوال خسران المدعية (APC) لأي جزء من دعواها وبالتالي وحيث أنها ربحت الدعوى فقد كان يتوجب على محكمة الإستئناف أن تحكم لها على الجهة الخاسرة (ATA) للدعوى بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة ولما لم تفعل فيكون قرارها مخالفاً للأصول ولأحكام المواد 160 و161 من قانون الأصول المدنية مما يستوجب نقضه من هذه الجهة".

وفي نهاية ردها على أسباب التمييز المقدمة من (APC)، تقرر محكمة التمييز "... رد التمييز المقدم من شركة آتا وتصديق القرار الطعين القاضي ببطلان قرار التحكيم وإسقاط إتفاق التحكيم وفسخه من جهة عدم الحكم للجهة المدعية شركة البوتاس العربية بالرسوم والمصاريف والأتعاب والحكم لها بالرسوم والمصاريف ومبلغ خمسمائة دينار أتعاب محاماة وإعادة الأوراق لمصدرها".

3.1.3 التعليق على دعوى التحكيم بين شركة البوتاس العربية وشركة آتا للإنشاءات والصناعة والتجارة

تكمن أهمية هذه القضية، فضلاً عن أنها الوحيدة- على حد علم الباحث- التي قضت فيها المحاكم الأردنية ببطلان قرار التحكيم إستناداً لنص المادة 49/أ/4 من قانون التحكيم[1]، في أن هذه القضية كانت مدار نقاش وجدل لدى المختصين في التحكيم في الأردن، وخاصة أن شركة آتا التركية لم ترتض بحكم محكمة التمييز وقامت برفع دعوى قضائية لدى المركز الدولي لفض المنازعات الإستثمارية في

1- لا ينفي ذلك أن كثيراً من الدعاوى يؤسس فيها المدعي دعواه على أساس إستبعاد المحكم تطبيق القانون الموضوعي على النزاع(المادة 49/أ/4)، ولكن المحكمة لا تؤيده فيما ادعاه، وقد تقضي ببطلان حكم التحكيم، ولكن لسبب غير ذلك الوارد في البند 4 من الفقرة أ من المادة 49. أنظر على سبيل المثال: قرار محكمة إستئناف عمان رقم 2008/264، تاريخ 2009/4/20، وقرار محكمة إستئناف عمان رقم 2008/117، تاريخ 2009/3/25، وقرار محكمة إستئناف عمان رقم 2009/39، تاريخ 2009/6/28، وقرار محكمة إستئناف عمان رقم 2009/18، تاريخ 2009/5/31.

واشنطن، معتبرةً أن إبطال قرار التحكيم يشكل إنتهاكاً صارخاً لحقوقها الاجرائيـة كمستثمر أجنبي في الأردن ويشكل إنكاراً للعدالة بمفهوم القانون الدولي. وقد كـان أستاذنا الدكتور مصلح الطراونة خبيراً قانونياً في هذه القضية لبيان مـدى إتـساق قراري محكمة الاستئناف ومحكمة التمييز مع نصوص القانون الأردني؛ وكان قـد أبدى وجهة نظره في هذين القرارين- قبل تعيينه خبيراً- في محاضـراته لطلبـة الماجستير في كلية الحقوق في جامعة مؤتة، مبدياً الملاحظات التالية والتي تستحق منا الإقتباس على النحو التالي:

أولاً: إن كلاً من محكمتي الإستئناف والتمييز قـد إنتهكتـا نـص وروح المـادتين 48 و49 من قانون التحكيم، بإعتبارهما دعوى البطلان "annulment action" إستئنافاً "an appeal" لقرار التحكيم، فدعوى البطلان تختلف عن الإسـتئناف، من جهة أن المحكمة ينبغي عليها النظر في الشرعية الإجرائية " procedural legality" لقرار التحكيم، وليس في موضوعه "substance"[1]، والتي تنطبـق على الاحكام القضائية، فالصياغة لا تحتوي على كلمة" إستئناف"، بل تستخدم مصطلح أوسع" لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هـذا القـانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصـول المحاكمات المدنية"، والطعن في هذا الأخير ليس مقتصراً على الإستئناف، بل يشمل التمييز وإعتراض الغير وإعادة المحاكمة.

ولذلك، فإن الحظر Prohibition ليس فقط على الإستئناف، ولكن على أيـة وسيلة أخرى للطعن، وذلك يدلل على أن نية المشرع هي ضمان الطـابع النهـائي لقرارات التحكيم، وعلى الخصوصية التي يمتاز بها التحكيم كآلية خاصـة لتـسوية المنازعات[2].

1- الطراونة، مصلح أحمد، 2008، محاضرات ألقيت على طلبة الماجـستير، كليـة الحقـوق بجامعة مؤتة، الكرك، 2009/2008.

2- الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2009/2008.

فالمادة 48 واضحة في عدم إجازتها الطعن في القرارت التحكيمية الـصادرة في الأردن، بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليهـا فـي قـانون أصـول المحاكمات المدنية[1].

ثانياً: إن جوهر(موضوع) قرار التحكيم، بما في ذلك الأحكام المناسبة من القـانون المتفق على تطبيقه، على حد تعبير الطراونة "falls exclusively within the powers of the arbitral tribunal and no court should re-examine the substance" فإعادة النظر في جوهر النزاع لا يتسق مع سبب وجود التحكـيم في الأردن، وبذلك تكون المحكمتين قد إنتهكتا أيضاً توقعات الأطـراف " the expectations of the parties" ونواياهم"parties wells"[2].

ثالثاً: إن المعنى العادي لمصطلح" الإستبعاد" "exclusion" يعني ببساطة(عدم تطبيق القانون المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع "the non-application of the agreed applicable law to the merits of the dispute"، ولا يعنـي"سـوء تطبيق" misapplication أو "سوء تفسير"misinterpretations للقانون[3].

كما أن مصطلح القانونLaw الوارد في المادة 49 وفي العقد المبرم بين ATA وAPC وفي الشروط المرجعية، يشير إلى أن القانون الأردني وبالتحديد القانون المدني الأردني هو الواجب التطبيق على النزاع، ولا يشير إلى أحكام محددة specific provisions من القانون المدني الأردني.

رابعاً: إن المادة 49/أ/4 أجازت إبطال حكم التحكيم إذا إستبعد الأخير تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، فهذا السبب لـيس لـه علاقة مفترضة" بالخطأ في القانون"error of law"، إذ أن محكمة الإستئناف في الصفحة 13 من قرارها الأصلي إعترفت بأن هيئة التحكيم قد طبقت القـانون

1- أنظر الفصل العاشر من قانون أصول المحاكمات المدنية(المواد169-222).

2- الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2008/2009.

3- عكس هذا الرأي في الفقه المصري يذهب إلى أن الخطأ في تطبيق القانون أو تفـسيره أو تأويله يدخل في هذا السبب من أسباب البطلان. أنظر الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقـم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، نبذة 177، ص232 .

المدني الأردني الساري، ولكن المستأنفAPC طعن في قرار التحكـيم لأنـه إستبعد تطبيق أحكام هذا القانون.

وهذا البيان هو إعتراف صريح من محكمة الإسـتئناف- فـي رأي أسـتاذنا الدكتور مصلح الطراونة- بأن هيئة التحكيم لم تستبعد القانون الأردنـي بإعتبـاره القانون الذي إتفق عليه الطرفان ليحكم العقد المبرم بينهما، الأمر الـذي يعنـي أن سبب البطلان المنصوص عليه في المادة 49/أ/4 غير متوافر هنا.

خامساً: إن الخطأ في الوقائع error of facts أو الخطأ فـي القـانون error of law، (سوء تفسير أو تطبيق القانون misapplication or misinterpretations of law) لا تعتبر أسباباً للبطلان بموجب المادة 49/أ/4، بصرف النظر عما إذا كـان هذا الخطأ واضحاً أم لا[1]. فهذه المادة تتحدث إذا عن " الإستبعاد"، "أي عـدم تطبيق" القانون الذي إتفق عليه الطرفان لحكم نزاعهمـا، ولـو أن المـشرع الأردني أراد شمول" سوء فهم أو سوء تطبيق القانون" كسبب للبطلان لما أعياه السبيل إلى ذلك، ولاستخدم المصطلحات الشائعة ونص على" الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره" كحالة من حالات البطلان[1]، وبإعتماده هذا الـنص؛ فـإن المشرع الأردني قصد إستبعاد شمول هذه المادة لما من شأنه أن يعتبر خطـأ في القانون.

1- " تتميز دعوى بطلان حكم المحكم بأنها تتوجه إلى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ في التقدير، وحيث أن العيوب التي يجوز التمـسك بهـا بـدعوى البطلان يجب أن تكون خطأً في الإجراء، إذ أنها وحدها التي تؤدي إلى بطلان الحكم ، أما الخطأ في التقدير فإنه مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى بطلان الحكم، وبالتالي لا يجيز رفع دعوى لبطلانه". قرار محكمة إستئناف عمان رقم 2004/54، بداية حقوق/ تحكيم، تـاريخ 2005/4/3. وقضت المحكمة الإتحادية العليا لدولة الإمارات بـأن" طلـب بطـلان حكـم المحكمين وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إنما يوجه إلى حكم المحكمين بوصفه عملاً قانونياً وينصب على خطأ في الإجراءات". مشار إليه في: والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، هامش رقم 1، ص 567. ويشير في ذات الصفحة إلى مجموعـة مـن أحكـام محكمة الإستئناف المصرية، والتي تشير بوضوح إلى أخذها بالإتجاه الذي يؤيد أن دعـوى بطلان حكم التحكيم تتوجه إلى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه من خطأ في

فبمقتضى هذا الرأي، فإنه ليس للمحكمة التي تنظـر دعـوى الـبطلان أن تتعرض لموضوع حكم التحكيم، حتى لو أخطأ المحكم في تفسير القـانون أو فـي تطبيقه، أو في عرض الوقائع أو تقدير الأدلة والمستندات التي قـدمها الخـصوم، ويقتصر دور المحكمة عند فحص الطعن على القضاء ببطلان الحكم إذا تأكدت من وجود المخالفة التي إستند إليها الطاعن، أو رفض البطلان إذا كان الطعن قـد قـام على غير أساس؛ وفي الحالتين لا تتعرض لحكم التحكيم فيما قضى به مـن حيـث الموضوع[2].

سادساً: إن محكمة الإستئناف قد إبتعدت عن المعنى العادي لمـصطلحي" القـانون" law" والإستبعاد" exclusion إلى غيرهما من الألفاظ التي لم يتضمنها القـانون نفسه، مـن مثـل قولهـا "the failure to apply the provisions of this law إستبعاد تطبيق نصوص هذا القانون".

وفي هذا يقول الطراونة: [3]

"There ought to be very clear distinction between excluding the application of the law and not applying a provision of the law that is not favourable to one of the law as applied by the Arbitral Tribunal is not outside the boundaries at the applicable law in this case".

التقدير، وأن العيوب التي يجوز التمسك بها بدعوى البطلان يجب أن تكـون أخطـاء فـي الإجراء، أي عيوباً إجرائية فحسب.

1- هناك قاعدة ثابتة وراسخة في التفسير، مفادها أن الكلمات والعبـارات تفـسرها المحـاكم بمعناها العادي، أي بألفاظها ومعانيها، ولا مساغ للإجتهاد في مورد النص، وبتطبيق هـذه القاعدة يظهر بوضوح المعنى الواجب تطبيقه، ومن ثم لن تتساءل المحاكم إن كان ما يقوله التشريع يمثل نية المشرع أم لا، إذ لا يجب أن يحكم على نية المشرع وفقاً لما في ذهنه، بل عن طريقة التعبير عن هذا العقل في التشريع ذاته "the intention of the legislator is not to be judged by what Is in its mind, but by the expression of that mind in the legislation itself ". وهذه القاعدة في التفسير عبـرت عنهـا بوضـوح المواد 2 و2/214 و215 من القانون المدني الأردني، وتمسك بهـا الفقهـاء الأردنيـين. الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2009/2008.

2- بركات، الطعن في أحكام التحكيم، نبذة64، ص 101، والأحكام القضائية المشار إليها فيه.

3- الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2009/2008.

سابعاً: إن هذا الخروج عن معاني المصطلحات الواردة آنفاً، تم تأكيده- مع الأسف- من قبل محكمة التمييز في الصفحة 8 من قرارها، بقولها:

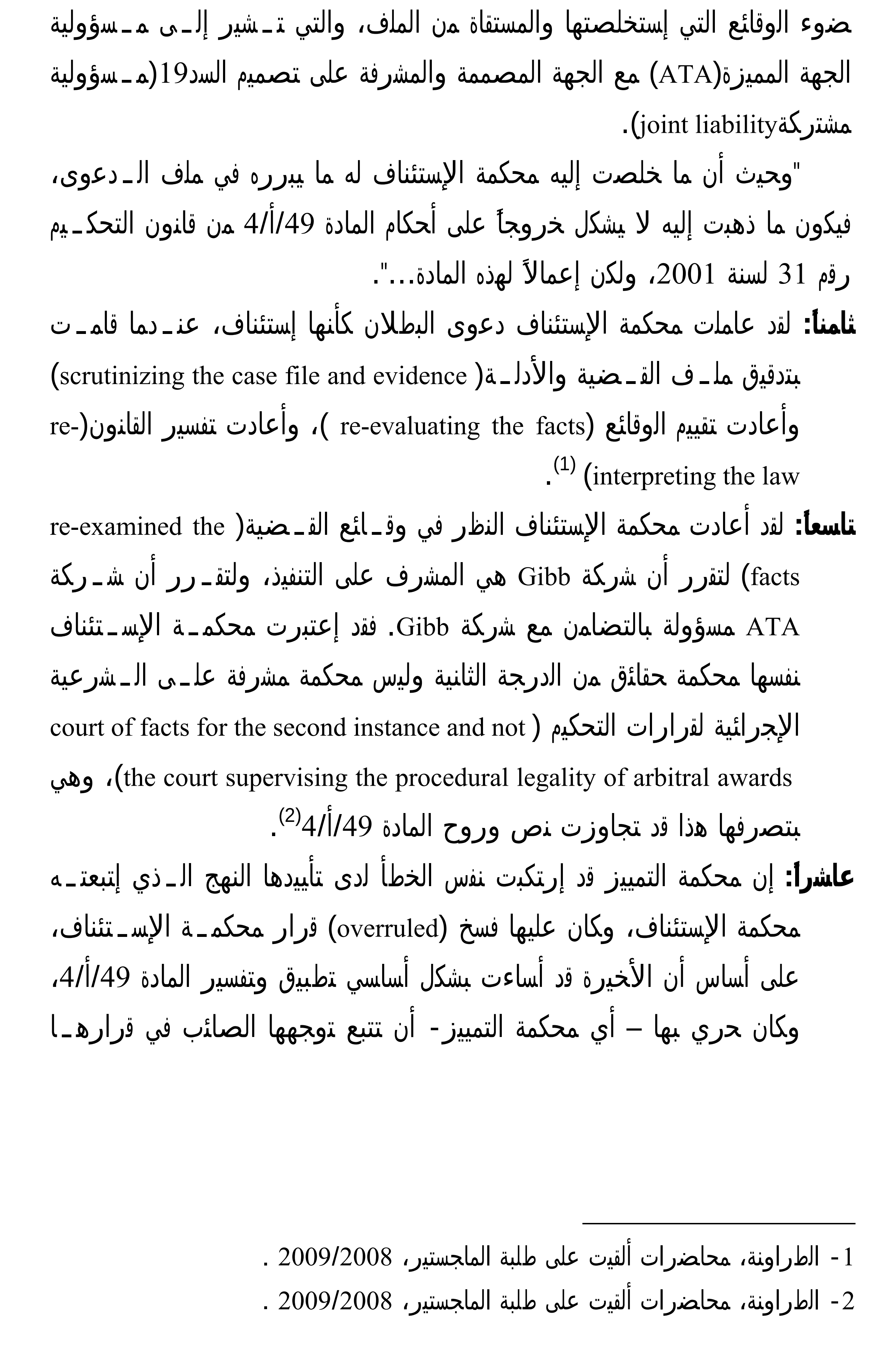
" وحيث أن الجهة المدعية" المميز ضدها "APC" قد ساقت الأسباب لإبطـال قرار التحكيم ومنها أن المحكمين قد إستبعدوا في قرارهم تطبيق القـانون الأردنـي المتفق على تطبيقه، فإن ذلك يتطلب من محكمة الإسـتئناف الوقـوف(scrutinize) على مدى تطبيق النصوص الواردة في القانون المدني الخاصة بعقد المقاولة علـى الوقائع الثابتة في الدعوى، ويتأتى ذلـك مـن خـلال فحـص الوقـائع والبينـات الواردة(examination of the facts and evidence)...".

" وحيث أن محكمة الإستئناف بـصفتها محكمـة موضـوع(as a Court of Facts)[1] قد خلصت إلى أن هيئة التحكيم وإن إتبعت ظاهريـاً نـصوص القـانون المدني الخاصة بعقد المقاولة، إلاّ أنها من ناحية عملية إستبعدت تلك النصوص على

1- كان قانون التحكيم الملغي رقم 18 لسنة 1953 يعطي لمحكمـة الإسـتئناف حـق بحـث موضوع التحكيم من خلال القرار المطعون فيه، على أساس أنها محكمة موضوع، في حين جاء القانون الجديد وتأسيساً على فلسفة مبدأ التحكيم في تقصير أمد التقاضي، وثقة الأطراف في المحكمين وتخصصهم، ورسم حدوداً لصلاحيات ولإختصاص محكمة الإسـتئناف فـي المادة 49 منه.

ومن الرجوع إلى حالات البطلان الواردة حصراً في هذه المادة، نلاحـظ أنهـا جميعـاً تتعلق بمسائل قانون فقط، وواضح منها أن القانون لم يمنح محكمة الإستئناف أية صـلاحية لبحث المسائل الموضوعية، لأن القانون الجديد جاء على خلفية وفلسفة سرعة البـت فـي الإجراءات، ومن قبل أشخاص مختصين وموثوقين من الأطراف. مشار إليه فـي مرافعـة وكيل المستأنف ضدها ATA أمام محكمة الإستئناف، ص 27-30.

وبالرغم من أن المادة 49 من قانون التحكيم قد حصرت إختصاص محكمة الإسـتئناف بأمور القانون فقط، إلاّ أنها إنعقدت في هذه القضية بصفتها محكمة موضوع وليس محكمـة قانون، فدور المحكمة يقتصر عند نظر دعوى البطلان على تقرير بطلان الحكم من عدمه، ولا تتطرق إلى موضوعه، ولا يطعن أمامها بالبطلان إلاّ لأحد الأسباب المذكورة حـصراً في المادة 49، ولا يوجد من بينها ما يعطي للمحكمة سلطة فحص موضوع التحكـيم مـن جديد. عبد الحميد، مسائل في التحكيم، ص142-143.



ضوء الوقائع التي إستخلصتها والمستقاة من الملف، والتي تـشير إلـى مـسؤولية الجهة المميزة(ATA) مع الجهة المصممة والمشرفة على تصميم السد19(مـسؤولية مشتركةjoint liability).

"وحيث أن ما خلصت إليه محكمة الإستئناف له ما يبرره في ملف الـدعوى، فيكون ما ذهبت إليه لا يشكل خروجاً على أحكام المادة 49/أ/4 من قانون التحكـيم رقم 31 لسنة 2001، ولكن إعمالاً لهذه المادة...".

ثامناً: لقد عاملت محكمة الإستئناف دعوى البطلان كأنها إستئناف، عنـدما قامـت بتدقيق ملـف القـضية والأدلـة(scrutinizing the case file and evidence) وأعادت تقييم الوقائع (re-evaluating the facts)، وأعادت تفسير القانون(re-interpreting the law) [1].

تاسعاً: لقد أعادت محكمة الإستئناف النظر في وقـائع القـضية(re-examined the facts) لتقرر أن شركة Gibb هي المشرف على التنفيذ، ولتقـرر أن شـركة ATA مسؤولة بالتضامن مع شركة Gibb. فقد إعتبرت محكمـة الإسـتئناف نفسها محكمة حقائق من الدرجة الثانية وليس محكمة مشرفة علـى الـشرعية الإجرائية لقرارات التحكيم (court of facts for the second instance and not the court supervising the procedural legality of arbitral awards)، وهي بتصرفها هذا قد تجاوزت نص وروح المادة 49/أ/4[2].

عاشراً: إن محكمة التمييز قد إرتكبت نفس الخطأ لدى تأييدها النهج الـذي إتبعتـه محكمة الإستئناف، وكان عليها فسخ (overruled) قرار محكمـة الإسـتئناف، على أساس أن الأخيرة قد أساءت بشكل أساسي تطبيق وتفسير المادة 49/أ/4، وكان حري بها – أي محكمة التمييز- أن تتبع توجهها الصائب في قرارهـا

1- الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2008/2009 .

2- الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2008/2009 .

السابق رقم 2006/201 [1]، فالرقابة المنصوص عليها في المـادة 49 لهـا صيغة شكلية، formal nature ولا تمتد إلى جوهر النزاع.

حادي عشر: لقد إنتهكت محكمة الإستئناف الحقوق الإجرائية لـشركة ATA عنـد تفحصها لدعوى البطلان كما لو كانت إستئنافاً، فقد وجهت محكمة الإسـتئناف الطرفين في قرارها الإعدادي(preliminary decision) إلى الإمتنـاع عـن تناول مسائل خارجة عن نطاق المادة 49، نظراً لضيق ولايتها بموجب هـذه المادة. الغريب أن محكمة التمييز قالت أن هذا القرار الإعدادي الصادر عـن محكمة الإستئناف بتاريخ 2004/1/16 " لا يعني بأي حال مـن الأحـوال أن يمتنع عليها مراقبة الوقائع الواردة في الملف، ومن جهة ثانية فإن مثـل هـذا القرار المتخذ لم يتطرق إلى منع الجهة المميزة من تقديم أي بينة ترغب فـي تقديمها وبالتالي فإن إحتجامها عن تقديم أي بينة أمر يعود لها وعليها أن تحمل تبعة ذلك".

لقد أعطت محكمة التمييز بقولها هذا لمحكمة الإسـتئناف سـلطة محكمـة الإستئناف بإعتبارها محكمة درجة ثانية (the power of appellate court" a second court of facts")، الأمر الذي يتناقض مع كل من المادتين 48 و 49 مـن قـانون التحكيم[2].

1- سبقت الإشارة إلى هذا القرار في مقدمة هذا الفصل. وفي نفس المعنى، أنظر قرار محكمـة إستئناف عمان رقم 2008/264، تحكيم، تاريخ 2009/4/20. فمن الثابت إذاً " أن وظيفـة المحكمة التي تنظر في طلب تصديق قرار المحكمين تنحصر في مراقبـة تنفيـذ صـك= =التحكيم تطبيق القانون وتأمين حقوق التقاضي إدعاءاً ودفعاً وإثباتاً والتحقق من الفسخ عند الإدعاء به وثبوته، وليس للمحكمة صلاحية محكمة الموضوع في إحلال قناعتها محل قناعة المحكمين بالأدلة والبينات وتقرير الواقع من هذه البينات". قرار محكمة إستئناف عمان رقم 2008/216، تحكيم، تاريخ 2009/1/25، وأنظر في نفس المعنى قرارها رقم 2004/54، تحكيم، تاريخ 2005/4/3، وقرارها رقـم 2007/60، بدايـة حقـوق/ تحكـيم، تـاريخ 2008/4/14.

2- الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2009/2008.

وبتلخيص ما سبق نخلص إلى القول بأن الخطأ في الوقائع أو الخطـأ فـي القانون (سوء التطبيق أو التفسير الخاطيء للقانون) لا تعتبر أسباباً للنعي بالبطلان بموجب المادة 49(أ)(4)، وبقطع النظر عما إذا كان هذا الخطأ واضحاً أم لا.

ونخلص إلى القول كذلك أن إعادة النظر في قرار التحكيم إسـتناداً لوقـائع موضوعية يعتبر إستئنافاً للقرار بالمعنى القانوني الدقيق، ويتبين لنا أن الإسـتئناف كطريق للطعن بالقرار التحكيمي محظور بصريح نـص المـادة 48 مـن قـانون التحكيم.

ونخلص إلى القول أيضاً أن مصطلح الإستبعاد الوارد في البند (4) من المادة 49/أ يعني عدم تطبيق القانون الذي إتفق عليه الطرفان لحكم نزاعهما، ولا يـشمل الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره، ومن ثم لا يندرجان في الإطـار المنـصوص عليها في المادة 49(أ)(4).

وهكذا بعد أن بحثنا موضوع إستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي إتفـق الفرقاء على تطبيقه على موضوع النزاع، كحالة من حالات خروج المحكـم عـن القواعد القانونية المختارة للتطبيق على الموضوع، ننتقل فيما يلـي لبحـث الحالـة الثانية من تلك الحالات.

2.3 مسألة التشويه أو المسخ Manifest Disregard of Law

تناولنا فيما سبق مسألة إستبعاد حكم التحكيم للقانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، على ضوء ما جاء في البند (4) من الفقـرة (أ) مـن المادة 49، وقد رأينا أن مجرد مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقـه أو تأويلـه، لا تعتبر إستبعاداً للقانون وفقا للمعنى المراد والمفهوم من حرفية النص.

ورأينا أنه من غير المتصور- في الغالب الشائع- أن يخرج المحكـم علـى القانون المختار بصورة علانية، وإنما يأتي الخروج من خلال منافذ أخرى، من مثل خروجه عن المعنى الواضح الصريح للنصوص المقدمة في الدعوى، أو خطأه فـي الوصف أو التكييف؛ فتكون نتيجة ذلك تطبيق قواعد أخرى غير تلك التي أرادهـا

الفرقاء، ولا تنسجم مع نواياهم وتوقعاتهم – كما سبق أن بيّنّا- فيثور لدينا ما يعرف بالمسخ أو التشويه، فما المقصود بذلك؟

هل يندرج تشويه القانون أو مسخه ضمن حالات البطلان المنصوص عليها في المادة 49/أ، وبالتحديد البند الرابع منها؟ ماذا لو كان التشويه ينصرف إلى الوقائع والمستندات وليس إلى قواعد القانون أو بنود العقد، هل يعتبر هذا إستبعاداً وخروجاً عن القواعد القانونية المختارة للتطبيق على موضوع النزاع؟

1.2.3 في معنى المصطلح

قلنا أن دواعي البطلان وردت حصراً في المادة 49، ونلاحظ أنه ليس من بينها ما يعرف" بالمسخ manifest disregard" ، لذلك لم يتعرض المشرع الأردني إلى بيان مفهومه، وبإستقرائنا لقضاء المحاكم الأردنية في التحكيم، لا نجدها تشير أو تستخدم هذا الإصطلاح للدلالة على تشويه المحكم للعقد أو الوقائع أو إنحرافه في تفسير شروط وبنود العقد.

وأياً يكن الأمر، فإن التشويه بصفة عامة هو وصف للشيء على غير حقيقته، والتشويه الذي نعنيه هنا هو تشويه الوقائع بالمعنى الشامل، أي بما فيها الأعمال القانونية. فهذه المسألة تفترض أن الفرقاء قد قدموا القانون الواجب التطبيق المتفق عليه بينهما، وأن هذا القانون قدُ وضع موضع المناقشة، ولكن المحكم فسره تفسيراً عصف به فخرج عن المعنى الواضح الصريح لمضمونه[1].

ومثال هذا التشويه أن يورد القاضي في حكمه بنود العقد أو بعضها على عكس حقيقتها، فالتشويه يقع كلما كان هناك تناقض بين الوقائع المثبتة من القاضي، والحقيقة الظاهرة بشكل واضح من أوراق ومستندات الدعوى .

وفي توضيح المعنى يقول والي:[2]

1- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص611.

2- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 325، ص 584-585، وأنظر المراجع المشار إليها في الهامش رقم 2، ص 585.

" إن إصطلاح" المسخ" إصطلاح درجت عليه أحكام النقض عند مراقبتها سلطة محكمة الموضوع في تفسير العقود وغيرها من المحررات، بإعتباره وجهاً للطعن بالنقض لمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله. ووفقاً لما إستقر عليه قضاء النقض، المسخ هو إهدار القاضي لمدلول المحرر وإستنتاج معنى فيه لا تتضمنه عبارته الواضحة المحددة، إذ ليس للقاضي تحت ستار التفسير الإنحراف عن عبارة المتعاقدين الواضحة إلى معنى آخر.

وأساس رقابة النقض في حالة المسخ هو أن قاضي الموضوع عندما يفسر محرراً لا تحتاج عباراته إلى تفسير لكونها واضحة المعنى محدودة الدلالة، فإنه ينتحل لنفسه سلطة تفسير لا يخولها له القانون.

ومن المتفق عليه قضاء وفقهاً أنه يشترط لتوافر حالة المسخ عدة شروط منها: أن يتعلق المسخ بفحوى دليل إثبات مقدم للمحكمة، سواء كان عقداً أم محرراً آخر، وأن يكون المحرر واضحاً وأن يتمسك الطاعن في طعنه صراحةً بالتحريف، وأن يبين المستند المعيب به، ويوضح التحريف فيه على وجه التحديد. فإذا طبقت هيئة التحكيم فرعاً من فروع القانون المتفق على تطبيقه، ولو كان غير الفرع الواجب التطبيق؛ فإنها لا تعتبر أنها قد قامت بمسخ ما اتفق عليه الطرفان".

ومن الفقه الأردني نقتبس:

"An error of fact or an error of Law(Misapplication or Misinterpretation of Law) is not aground for annulment under Article 49(a)(4)، regardless of whether that error is (manifest) or not.[1]

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن تشويه الوقائع والمستندات والأعمال القانونية الذي يقترفه المحكم في قراره، لا ينطوي على مخالفة لقاعدة متعلقة بالنظام العام، ومن ثم لا يستتبع إبطال القرار التحكيمي، [2].

1- الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2009/2008.

2- نقلاً عن: عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص611.

أما القضاء الفرنسي فقد ذهب إلى أن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه المحكم في تطبيق القانون أو في واقعات النزاع لا ينتمي إلى أي حالة من حالات الطعن على الحكم بالبطلان[1].

وأما في القانون المصري، فقد جاء في تقرير اللجنة المشتركة لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994،" ويدخل في مفهوم نطاق إستبعاد القانون الواجب التطبيق، الخطأ في تطبيقه إلى درجة مسخه" فاعتبرت اللجنة بذلك أن الخطأ الذي يرتكبه المحكم في تطبيق القانون ويؤدي إلى مسخ هذا القانون، يساوي إستبعاده ويكون أيضاً سبباً للطعن على الحكم بالبطلان[2].

ولكن هذه العبارة- وبحق- لا تغير إرادة المشرع الواضحة من النص، ويجب الحذر عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لأي نص من أجل تفسيره، لأن ما يرد في هذه الأعمال قد يعبر عن رأي شخصي أو إجتهاد فردي لأحد المشتركين في وضع التشريع، ولذلك يصعب إعتبار المناقشات التي تدور أثناء إعدادها معبرة عن إرادة المشرع[3]، ولهذا لا يمكن الإستناد إلى ما جاء في تقرير اللجنة، لتعارضه مع النص الصريح للتشريع، فالعبرة بالإرادة المعلنة بالتشريع، لا بالإرادة المضمرة في ذهن المشرع[4].

ولهذا فإنه إذا طبق المحكم القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه، فلا يمكن أن يعتبر إستبعاداً له مسخ المحكم لقاعدة من قواعد هذا القانون، لسبب بسيط هو أن المحكم يمكنه ألاّ يطبق القاعدة القانونية واجبة التطبيق في هذا القانون، دون أن يعتبر هذا إستبعاداً للقانون المتفق على تطبيقه- على نحو ما رأينا سابقاً- ما دام قد طبق قاعدة قانونية أخرى في هذا القانون؛ ذلك أن النص يتطلب لتوافر هذه الحالة إستبعاد القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه، وليس إستبعاد القاعدة

1- مشار إليه فيه: عبد الحميد، مسائل في التحكيم، ص127.

2- والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة325، ص583.

3- تناغو، النظرية العامة للقانون، بند364، ص 766.

4- " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح". المادة 215 مدني أردني. راجع ما تقدم ص139".

القانونية الواجبة التطبيق في هذا القانون، فكيف يؤدي مسخ هذه القاعدة إلى أثـر لا يرتبه إستبعاد القاعدة من أساسها[1].

وفي القضاء الأمريكي، إعتبرت الدائرة القضائية الثانية حالة المـسخ حالـة مستقلة عن تلك الواردة فـي القـسم العاشـر مـن قـانون التحكـيم الفيـدرالي Federal Arbitration Act (FAA) متبعةً في ذلك قراراً صدر عن الدائرة القضائية السابعة، إعتدت فيه الأخيرة بالطبيعة الأساسية لإعادة النظر الموضوعية في قـرار التحكيم review، وفق أحكام قانون التحكيم الفيدرالي FAA، مؤكدةً (reaffirms) أن المحاكم تحتفظ بسلطة إبطال أحكام التحكيم التي تعكس تشويهاً ومسخاً للقانون "to annul arbitral awards that reflect manifest disregard of the law".

في هذا القرار، نهضت المحكمة بمسؤولية إلغاء(إبطال) قرارات التحكيم في الحالات التي يعلم فيها المحكمون بالمبادئ القانونية الأنسب للتطبيق على النـزاع، ولكنهم يخرقونها(بشكل صارخ) برفضهم تطبيقها على النزاع.

ومن المفيد أن نورد هذا الحكم كما ورد على لسان المحكمة، والذي جاء فيه:

"when parties agree to arbitrate their disputes they opt out of the court system, and when one of them challenges the resulting arbitration award, he perforce does so not on the ground that the arbitrators made a mistake,but that they violated the agreement to arbitrate, as by corruption, evident partiality, exceeding their powers, etc, conduct to which the parties did not consent when they included an arbitration agreement in their contract.

That is why in the typical arbitration ... the issue for the court is not whether the arbitrators had failed to interpret the contract at all, for only then were they exceeding the authority granted to them by the contract's arbitration clause.

Like the seventh circuit, we view the "manifest disregard" doctrine and the FAA itself as a mechanism to enforce the parties agreement to arbitrate rather than as judicial review of the arbitrators decision. We must therefore continue to bear the responsibility to vacate arbitration awards in rare instances in which the arbitrator knew of the relevant legal principle, appreciated that this principle controlled the outcome of the disputed issue, and nonetheless willfully flouted governing law by refusing to apply it.

1- نقلاً عن والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة325، ص 584.

At that point the arbitrators have failed to interpret the contract at all, for the parties do not agree in advance to submit to arbitration that is carried out in manifest disregard of the law. Put another way, the arbitrators have thereby exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final and definite award upon the subject matter submitted was not made[(1)].

2.2.3 أثر تشويه الوقائع والمستندات

يسلم جانب من الفقه[(2)] المصري بأن التشويه في ذاته ليس من بين الأسباب الحصرية التي أوردتها المادة (1/53/د) من قانون التحكيم المصري[(3)] للطعن ببطلان الحكم التحكيمي، ولكنه مع ذلك يرى إمكانية الرقابة على تشويه الوقائع والمستندات، فالتشويه الذي يفتح باب الطعن بالبطلان – بحسب هذا الرأي – ليس مقصوداً في ذاته، ولا يعتد به للطعن بالبطلان إلا إذا إنطوى على نتيجة، هي عدم تطبيق المحكم للقانون الذي إختاره الفرقاء، فعندئذٍ لا يبقى الطعن بالبطلان بسبب التشويه خارج الحالة المنصوص عليها في المادة (1/53/د).

وقضت محكمة النقض الفرنسية بعدم قبول دعوى إبطال حكم التحكيم إستناداً إلى فسخ المستندات التعاقدية بواسطة المحكمين، وذلك أنه يمتنع بحث ما قضت به أحكام المحكمين في الموضوع تحت غطاء مراقبة تسبيب الأحكام، فضلاً عن أنه ليس للقضاء إحلال تفسيره للمستندات محل تفسير المحكمين، إذ هؤلاء وحدهم الذين يملكون تحديد ما إذا كانت هذه المستندات واضحة أو غير واضحة، وبالتالي تحتاج إلى تفسير أم لا، فمراقبة (عيب المسخ) يتعارض مع حرية المحكمين في تفسير المستندات[(4)]. وكما أشرنا سابقاً، فإن جانباً من الفقه الفرنسي يناهض إمكانية مراقبة التشويه أو المسخ، لأن ذلك قد يؤدي إلى إعادة النظر في القرار التحكيمي.

---

1. James E. Berger, Christopher F. Dugan And Charlene Sun, December 2008, Second Circuit Reaffirms Manifest Disregard Standard of Review for Arbitral Awards, Paul Hasting Publishing, p.2-3.

2- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص613.

3- تقابلها المادة (4/أ/49) من قانون التحكيم الأردني.

4- مشار إليه في والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، نبذة 319، ص 570 – 571.

3.3 مسألة الوصف القانوني الخاطىء

تناولنا فيما سبق مسألتي إستبعاد المحكـم للقـانون الموضـوعي والمـسخ، كحالات تمثل خروج المحكم عن القواعد القانونية المختارة للتطبيق على موضـوع النزاع، وسنتناول فيما يأتي موضوع الوصف القانوني الخاطىء من قبل المحكـم، والذي يترتب عليه عدم تطبيقه القانون الذي إختاره الفرقاء. فما المقصود من ذلك، وهل أن الخطأ في الوصف بحد ذاته كافٍ للطعن بالبطلان، وهل يمكـن لمحكمـة الإستئناف بسط رقابتها على تفسير المحكم وتطبيقه للقانون ؟

يرى جانب من الفقه أن يمكن النعي ببطلان القرار التحكيمي، الذي يجـري فيه المحكم وصفاً خاطئاً يترتب عليه تطبيق قواعد قانونية غير تلـك التـي قـصد الفرقاء تطبيقها عند إختيارهم للقانون الواجب التطبيق على النزاع، لا لأنه أخطأ في الوصف في حد ذاته، ولكن لأنه أتى خطأ إستتبع تطبيق قواعد قانونية غير تلك التي يجب تطبيقها وفقاً لإتفاق الفرقاء[1].

ويبرر هذا الجانب رأيه بالقول إن عدم رقابة محكمة الإستئناف على الوصف القانوني الذي يسقطه المحكم على النزاع، من شأنه أن يؤدي إلى تحرير المحكم من أي رقابة على تفسيره للقانون وتطبيقه له، وهو ما تظهر خطورته البالغـة إذا مـا راعينا أن القانون الأردني وسائر قوانين التحكيم العربية لا تشترط في المحكـم أن يكون من ذوي الثقافة القانونية الملمين بأحكام القانون[2].

1- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 613.

2- تناولت المواد(14 – 23) من قانون التحكيم موضوع تشكيل هيئة التحكيم والشروط الواجب توافرها فيهم وردهم وعزلهم، ولكن – مع الأسف – أياً من نصوص هذه المواد أو روحها لم يشر إلى ضرورة أن يكون المحكّم من أهل الخبرة والثقافة القانونية، فكان جل هم المشرع منصباً على أن يكون المحكمين من أهل الاختصاص، كالمهندسين والفنيين، والمصرفيين، ونسي ما لأعمالهم من جوانب قانونية بحته، قد يؤدي الجهل بها إلى بطلان التحكيم. قارن ذلك مع ما ورد في نظام التحكيم الصيني لسنة 1994، والذي اشترط في المحكمين ما يلي :

1. ألا تقل مدة العمل في التحكيم عن 8 سنوات.

ويضيف صاحب هذا الرأي بأن إعفاء المحكم من الرقابـة القـضائية علـى تفسيره للقانون وتطبيقه له على هذا النحو من شأنه أن يؤدي إلى تحويـل التحكـيم بالقانون عملاً إلى تحكيم بالصلح، يقضي فيه المحكم بما يراه دون أن يكون هناك ما يرد قضاءه إلى حكم القانون الذي ألزمه الطرفان بتطبيق أحكامه[1].

هذا الرأي – وبحق – قد يبدو منطقياً وعادلاً، فمن غير المقبول أن يبقى حكم المحكم ذي الوصف الخاطىء، والذي ترتب عليه تطبيق قواعد قانونية لم تنصرف إليها إرادة الفرقاء بدون أثر قانوني، أو بالأحرى بدون إمكانية الرقابة عليه.

بالطبع هناك مزايا وعيوب لعدم وجود آلية لمراجعة موضوع القرار إستئنافاً lack of the appellate review mechanisms، فالإستغناء عن المراجعة الموضوعية من خلال الطعن بالإستئناف سيسرع الفصل في النزاع ويقلل من تكاليف التقاضي، لكنه في المقابل يعني أن قرار التحكيم الخاطئ لا يمكن تـصحيحه. وعلـى كـل الأحوال يجب النظر إلى كفاءة وحسمية عملية التحكيم بشكل إيجابي، حتى ولو على حساب حقوق الإستئناف السابقة. ما نحن بحاجة إليه يتلخص في الآتي :

"We want to have arbitration law that minimizes court intervention and thus reduces the heavy burden of litigation that is put upon the shoulders of our courts، we do not want arbitration law that encourages arbitration in one hand and takes the disputes back to the courts for review in the other hand. The parties are not compelled to go to arbitration، but

---

2. ألا تقل مدة العمل بالنسبة للمحامين عن 8 سنوات.
3. ألا تقل مدة العمل بالنسبة للقاضي عن 8 سنوات.
4. أن يكون ممارساً للبحوث القانونية أو التعليم، وحاصلاً على الدرجة الأكاديمية العالية.
5. أن يكون صاحب معارف قانونية، أو ممارساً للأعمال الاقتصادية والتجارية وحاصلاً على الدرجة الأكاديمية العالية، أو على نفس المستوى التخصصي.

وللمزيد حول الشروط والصفات المشترطة في المحكم، أنظر الجمال وعبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ص 604 وما بعدها. ووالي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ص 231 وما بعدها.

1- عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 613.

when choosing to arbitrate they must bear the risks of the arbitral award not being subject to appeal[1] ".

وبالعودة إلى مسألة الوصف القانوني الخاطئ الذي يترتب عليه عدم تطبيق المحكم للقانون الذي إختاره الفرقاء، فقد رأينا فيما سبق أن المقصود بهذا القانون هو قواعد القانون الموضوعي، سواء كان قانوناً وضعياً أو غير وضعي، ومن ثم فإن جانباً من الفقه المصري يرى أن الخطأ الجسيم في تفسير القانون المختار يساوي إستبعاده تماماً، ذلك أنه يعتبر إستبعاداً غير مباشر لتطبيق القانون الموضوعي المتفق عليه، ويعادل في أثره وخطورته الإستبعاد المباشر [2].

وقد أتيحت لمحكمة الإستئناف المصرية الفرصة للفصل في طعن أُسس على زعم من القول أن هيئة التحكيم أسبغت وصفاً قانونياً خاطئاً، ترتب عليه عدم تطبيق القانون الذي إختاره الفرقاء. ففي عقد التموين العسكري المبرم مع شركة كروماللوي الأمريكية، والذي فصلت فيه محكمة إستئناف القاهرة في 1995/12/1، تولّت الأخيرة مراقبة التكييف الذي خلعه حكم التحكيم على العقد الناشيء عن النزاع، فقد وجدت أنه لم يلتزم الوصف الصحيح الذي يؤدي إلى خضوعه للقانون الإداري المصري، وقامت بإبطاله تأسيساً على مجرد أن الوصف الصحيح للعقد هو أنه عقد إداري خاضع لأحكام القانون الإداري المصري، وأن الحكم المطعون عليه لم يطبق أحكام هذا القانون الأخير؛ على الرغم من أنه قد طبق عليه قواعد القانون المدني المصري[3].

1- الطراونة، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، 2008 / 2009.

2- الأحدب، عبد الحميد، 1998، موسوعة التحكيم: التحكيم في البلاد العربية، الجزء الاول، دار المعارف، القاهرة ، ص 776.

3- مشار إليه في: عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، ص 615 - 616.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة الأحكام والقواعد المتعلقة بإلتزام المحكم بتطبيق القواعد القانونية في النزاع المحكم فيه، فتناولنا في الفصل الأول مصادر القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على أساس النزاع، وبحثنا في هذه المصادر إبتداء من قانون الإرادة، مروراً بالقانون الذي يرى المحكم أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع، والشروط العقدية والأعراف والعادات التجارية، والمبادئ العامة في القانون، وإنتهاء بقواعد العدالة والإنصاف .

وبحثنا في الفصل الثاني القيود التي ترد على حرية الفرقاء في إختيارهم للقانون الذي يحكم النزاع، فتناولنا النظام العام الداخلي، وبحثنا في النظام العام الدولي بالمعنى الحقيقي، وتكلمنا أخيراً عن قوانين البوليس ذات التطبيق الضروري أو المباشر.

وفي الفصل الثالث بحثنا موضوع خروج المحكم عن القواعد القانونية المختارة للتطبيق على موضوع النزاع، فتناولنا مسألة إستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون على موضوع النزاع المحكم فيه، وبحثنا مسألة التشويه أو المسخ، وتحدثنا أخيراً عن مسألة الوصف القانوني الخاطىء الذي يترتب عليه عدم تطبيق القانون الذي إختاره الفرقاء.

وبعد تناول موضوعات هذه الدراسة، فقد أصبح بالإمكان التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

النتائج

1. إن من واجب المحكم – وفقاً للمادة 36 – إحترام إرادة الفرقاء في إختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، إذا كانت هذه القواعد تنطبق على النزاع. ولكن بعض الأحكام التي جاءت بها الفقرتين (ب) و (ج) من هذه المادة لها صفة توجيهية، فليس بالضرورة أن يقضى بالبطلان إذا إختارت الهيئة القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع ولكنه لم يكن كذلك، وليس بالضرورة أن يقضى بالبطلان اذا لم تراعِ الهيئة شروط العقد موضوع النزاع والأعراف والعادات الجارية. فالمشرع قصد توجيه الفرقاء الى إختيار هذه

المصادر الأخيرة إذا إنعدم اختيارهم للقواعد القانونية لحكم نزاعهم ولم يقصد ترتيب البطلان عند مخالفة المحكم لها.

2. إن من واجب المحكم عند الفصل في موضوع النزاع – وفي كل الأحوال -أن يراعي شروط العقد موضوع النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين.
3. إن حكم التحكيم هو حكم قضائي يحوز حجية الشيء المقضي وقوته، لذا لا يجوز المساس بهذه القوة إلا بناء على أسباب محددة حصراً في المادة 49 من قانون التحكيم.
4. إن النعي بالبطلان هو الوسيلة الوحيدة في القانون الأردني لإبطال حكم التحكيم، ولكن هذه الوسيلة لا تعتبر طريقاً من طرق الطعن في الأحكام، ومن ثم لا تعتبر إستئنافاً للقرار التحكيمي.
5. إن النعي بالبطلان يرد على حكم التحكيم أياً كان الشكل الذي يرتديه هذا التحكيم، سواء كان شرطاً أم مشارطةً، وسواء كان تحكيماً عادياً أو تحكيماً بالصلح.
6. إن محكمة الإستئناف لا تستطيع من تلقاء نفسها تناول موضوع الحكم بعد أن تقرر بطلانه، كما لا يستطيع الفرقاء إثارة الموضوع أمامها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى جعل النعي بالبطلان وسيلةً للنعي على الحكم بذات أوجه النعي التي تصلح سبباً للإستئناف؛ وهذا يخالف إرادة المشرع في حظر الطعن بحكم المحكمين بأية طريق من طرق الطعن المعروفة في قانون أصول المحاكمات المدنية، فهيئة التحكيم تعتبر الدرجة الأولى والأخيرة من درجات التقاضي بالنسبة لحكم التحكيم في القانون الأردني .
7. إن من حالات قبول دعوى بطلان حكم التحكيم، حالة إستبعاده تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع (المادة 49/أ/4)، وهذه الحالة من حالات النعي بالبطلان تقتضي توافر شرطين :

الأول : إتفاق الفرقاء على تطبيق قانون معين على موضوع النزاع. فلا تنطبق حالة الإستبعاد – للنعي بالبطلان على حكم التحكيم – إذا لم يوجد إتفاق صريح بين

الأطراف، ومن المؤكد أنه اذا إتفق الأطراف على تطبيق قانون أو نظام قانوني معين كالشريعة الإسلامية أو القانون المصري مثلاً، فإنه ليس لهم في هذه الحالة الإتفاق على تطبيق نصوص معينة في هذا القانون أو النظام القانوني؛ يلزمون به هيئة التحكيم في غير الأحوال التي تنطبق فيها.

الثاني : إستبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على إختياره. فلا يتوافر الإستبعاد إذا طبق المحكم القانون المتفق عليه ولكنه خالف قواعده، أو أخطأ في تفسير أو تأويل نصوصه، كما أن حالة الإستبعاد بهذا التحديد لا تتّسع لإستبعاد المحكم شروط العقد المبرم بين الفرقاء.

وعلى ضوء هذين الشرطين لتوافر حالة الإستبعاد ومن ثم إمكان النعي على حكم التحكيم بالبطلان، فإنه من الضروري التقيد بالتفسير الحرفي والضيق لنص المادة 49، فالأخيرة نصت على الإستبعاد ولم تشر الى الخطأ في القانون، أو الخطأ في الوقائع، أو الخطأ في التفسير أو التأويل؛ كحالات يمكن قياسها على حالة الإستبعاد، فالإستبعاد لا يعني سوى (عدم تطبيق) القانون المتفق عليه لحكم النزاع المحكم فيه، ولو أن المشرع أراد شمول هذه الحالات لإمكان النعي بالبطلان لما أعياه السبيل الى ذلك.

8. في قضية شركة آتا التركية، أضلّت محكمة الإستئناف - مع الإحترام - طريقها وتجاوزت ولايتها بموجب المادة 49 (أ) (4) بطريقة تنتهك نص وروح المادة 48 من قانون التحكيم، وذلك عندما عاملت هذه المحكمة دعوى البطلان كأنها إستئناف، وأعادت النظر في وقائع القضية وملّفها، واعتبرت نفسها محكمة درجة ثانية وليس محكمة مشرفة على الشرعية الإجرائية لقرار التحكيم. وهذه القضية – على حد علم الباحث – هي الوحيدة التي تقضي فيها محكمة أردنية ببطلان حكم التحكيم تأسيساً على إستبعاده القانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع المحكم فيه.

9. إن محكمة التمييز الموقرة إرتكبت نفس الخطأ عندما أقرت النهج الذي إتبعته محكمة الإستئناف، وكان الأجدر بها أن تنقض قرار الأخيرة تأسيساً على إساءتها تطبيق وتفسير المادة 49 (أ) (4)، وكان على محكمة التمييز الإستمرار

في توجهها السابق في قرارها 2006/201، والذي قضت فيـه بـأن دعـوى البطلان ليست إستئنافاً ولاتعطي القاضي سلطة إعـادة النظـر فـي الأسـس الموضوعية للقرار التحكيمي؛ وأن الرقابة المنصوص عليها في المادة 49 هـي ذات صيغة شكلية ولا تمتد إلى جوهر النزاع.

التوصيات

1. أن يحرص الفرقاء على إختيار القانون الموضوعي بدقة وعن معرفة ودراية، حتى لا يتعارض ذلك مع توقعاتهم المشروعة، وعدم الإنسياق لتضمين العقـود شـرط التحكيم بمقتضى قواعد العدل والإنصاف.
2. أن يحرص المحتكمين على إختيار المحكمين ذوي الخبرة المتخصصة والتي تجمـع - في آن- بينها وبين الثقافة والمعرفة القانونيـة، للحـد مـن المخالفـات وربمـا المهاترات التي قد تؤدي بالحكم التحكيمي في مصاف البطلان.
3. أن لا يلجأ المحتكمون الى التحكيم إذا لم يكونوا على علم بالطابع النهائي والحاسـم للحكم التحكيمي، من جهة عدم جواز الطعن به وعدم تعدد درجات التقاضي، فلا بد من توعيتهم بأن حكم هيئة التحكيم هو المحطة الأولى والأخيرة في عمـر القـرار التحكيمي.
4. ما دمنا نطالب بتفسير ضيق لمصطلح الإستبعاد وعدم شموله سوء تفسير أو تأويـل القانون، وعدم شمول هذا المصطلح للشروط العقدية أيضاً ، ومن ثم عدم صـلاحية هذه الحالات جميعها للنعي على الحكم التحكيمي بالبطلان، فإننا نتمنى على المشرع الأردني إيراد حالة تشويه أو مسخ المحكم للقانون الذي إختاره الفرقاء كحالة مـن حالات النعي بالبطلان على حكم التحكيم؛ فالمحكم ليس منزهاً عن الخطأ وتفـسيره وتطبيقه للقواعد القانونية سواء تلك التي إختارها الفرقاء أو رأى هو أنهـا الأكثـر صلةً بالنزاع، يعتمد بدرجة عالية على ثقافته وتكوينه القانوني، لا سيما إذا علمنا أن القانون لا يشترط في المحكم صفات معينة، ولا سيما إذا علمنا كذلك أنه لا معقّـب على قرار المحكم في إختياره هذا، فهو إن مسخ القواعد القانونية المختارة للتطبيق على النزاع المحكم فيه فإن قراره محصن ضد الطعن به بأي طريقة مـن طـرق الطعن بالأحكام. فإذا كنّا نتحدث عن سلطان الإرادة وعن سـموها وأهميتهـا فـي

العملية التحكيمية ، وجاء المحكم وعصف بالقواعد القانونية المختارة وشوه معانيها وفسرها وطبقها بما لم يكن يريده المحتكمون وفاجأهم بما لم يقـصدوه ، فعـن أي إرادة نتحدث وعن أي ميزة في اللجوء إلى التحكيم !

المراجع

أ. المراجع العربية:

إبراهيم، أحمد إبراهيم، 1997، **التحكيم الدولي الخاص**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.

أبو الوفا، أحمد، 1988، **التحكيم الإختياري والإجباري**، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية

أبو الوفا، أحمد، 1990، **التعليق على نصوص قانون المرافعات**، ط6، منشأة المعارف، الإسكندرية.

أبو الوفا، أحمد، 1974، **عقد التحكيم وإجراءاته**، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية. الكردي، جمال محمود، 2000، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة

الأحدب، عبد الحميد، 1998، **موسوعة التحكيم: التحكيم في البلاد العربية**، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة.

الأحدب، عبد الحميد، 2008، **إجراءات التحكيم**، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، المجلد2، ص542-547.

بركات، علي، 2003، **الطعن في أحكام التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة.

بريري، محمود مختار أحمد، 1999، **التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.

التلاحمة، خالد إبراهيم، 2006، **القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي**، جهينة للنشر والتوزيع، عمان.

تناغو، سمير عبد السيد، 1985، **النظرية العامة للقانون**، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية.

الجبران، صادق محمد محمد، 2006، **التحكيم التجاري الدولي وفقاً للإتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987**: بحث في قانون التجارة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد، 1998، **التحكيم فـي العلاقـات الخاصة الدولية والداخلية**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبـي الحقوقية، بيروت.

حبيب، ثروت،1975، **دراسة في قانون التجارة الدولية**، مطبعة جامعة القاهرة.

الحجايا، نور حمد، 2008، **القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه**، بحوث مـؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر العلمي السنوي السادس عـشر، المجلـد2، ص655-660.

الحداد، حفيظة السيد، 1999، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكـيم الـصادرة فـي المنازعات الخاصة الدولية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

حداد، حفيظة السيد، 2003، **الإتفاق على التحكيم في عقود الدولـة ذات الطبيعـة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيـق**، دار المطبوعـات الجامعيـة، الاسكندرية.

الحداد، حفيظة السيد، 2004، **الموجز في النظرية العامة فـي التحكـيم التجـاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

حداد، حمزة أحمد، 2005، **التحكيم بالصلح والتوفيق**، ورقة عمل مقدمـة لنـدوة رؤية الجوانب القانونية للتكامل في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربيـة، 25 و 2005/4/26.

حداد، حمزة احمد، 2007، **التحكيم في القوانين العربية**، الجزء الأول، منـشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

حداد، حمزة أحمد، 2007، **الطعن بحكم التحكيم في القوانين العربية**، ورقة عمـل مقدمة في الدورة التدريبية للتخصص في التحكيم التجاري الدولي والمعدة من قبل مركز دبي للتحكيم الـدولي بالتعـاون مـع الجامعـة اللبنانيـة، دبـي 2007/4/29.

حداد، حمزة أحمد، 2008، **بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام في القـوانين العربية**، ورقة عمل مقدمة لملتقى مكـة الثـاني للتحكـيم،20-2008/5/21، متوفر عبر: http//www.lac.comjo

حداد، حمزة أحمد، **بعض جوانب قانون التحكيم الأردني،** ورقة عمل مقدمة لنـدوة العقبة السبت 2003/10/4. متوفر عبر: http://www.lac.com.jo.

الحواري، أسامة أحمد، 2008، **القواعد القانونية التـي يطبقهـا المحكـم علـى موضوعات المنازعات الدولية الخاصة،** ط1، دار الثقافة للنـشر والتوزيـع، عمان.

خليفة، عمرو محمد إبراهيم، **(د.ت)، سلطة المحكم في إختيـار القـانون واجـب التطبيق على موضوع النزاع: دراسة مقارنة في التشريع المصري والفقـه المقارن،** رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس.

راشد، سامية، 1974، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- إتفاق التحكيم،** منشأة المعارف، الإسكندرية.

رضوان، أبو زيد، 1981، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي،** دار الفكـر العربي.

الرفاعي، أشرف عبد العليم، 1997، **النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصـة الدولية،** الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.

سامي، فوزي محمد، 1997، **التحكيم التجاري الدولي،** الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

سلامة أحمد عبدالكريم،2001، **قانون العقد الدولي،** الطبعة الأولـى، دار النهـضة العربية، القاهرة.

سلامة، أحمد عبد الكريم، (د.ت)، **المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدوليـة،** الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

سلامة، أحمد عبد الكريم، 1984، **أصول المرافعات المدنية الدولية،** مكتبة العالمية، المنصورة.

سلامة، أحمد عبد الكريم، 1989، **نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الـدولي الخاص وقانون التجارة الدولية،** دار النهضة العربية، القاهرة.

السمدان، أحمد، 1993، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، **مجلة الحقوق،** السنة السابعة عشر، العدد الأول والثاني، ص174.

شاهين، فايز الحاج،2003، **محاضرات في التحكيم، القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم**، كلية الحقوق/ جامعة بيروت العربية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق.

شكري، محمد عزيز، 1992، **مدخل إلى القانون الدولي العام**، الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق.

صادق، هشام علي، 1993، **تنازع القوانين**، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية.

صادق، هشام علي، 2001، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

صادق، هشام علي، 2007، **عقود التجارة الدولية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

الصانوري، مهند أحمد، 2005، **دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

صاوي، أحمد السيد، 2002، **التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية**، (بدون ناشر)، القاهرة.

صاوي، أحمد السيد، 2008، **بطلان حكم التحكيم**، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، المجلد 2.

الطراونة، مصلح أحمد، 2000، **مقدمة في القانون التجاري الدولي**، دار رند للنشر والتوزيع، الكرك.

الطراونة، مصلح أحمد، 2008، **محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير**، كلية الحقوق بجامعة مؤتة، 2009/2008.

الطراونة، مصلح أحمد، 2010، **الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية**، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان.

عباس، عبد الهادي وهواش، جهاد، **التحكيم**، 1997، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، دمشق.

عبد الحميد، رضا السيد، 2003، **مسائل في التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة.

عبد العال، عكاشة محمد، 2006، **القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم**، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، المجلد 2، ص589-616.

عبد القادر، ناريمان،2005، **إتفاق التحكيم والموضوعات التي يجب أن يشملها، الجديد في القانون التجاري**، دار النهضة العربية، القاهرة.

عبد المجيد، منير، 1997، **التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

عبد المطلب، ممدوح عبد الحميد، والدسوقي، إنعام السيد، **تأثير النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه**، متوفر عبر:
http//www.4shared.com/get/57113408/31e6c78a/-----.html

عشوش، أحمد، 1989، **قانون النفط، الإتجاهات الحديثة في تحديد القانون الذي يحكم إتفاقيات التنمية الإقتصادية الدولية**، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.

عمر، نبيل إسماعيل، 2004، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

عناني، وليد، 2003، **محاضرات في التحكيم**، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق.

العنزي، ممدوح عبد العزيز، 2006، **بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، الأسباب والنتائج**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

العوا، محمد سليم، 2008، **دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن**، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى.

فلحوط، وفاء، 2008، **النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي**، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، مجلد 2.

القاضي، خالد محمد، 2002، **موسـوعة التحكـيم التجـاري الـدولي**، ط1، دار الشروق، القاهرة.

مبروك، عاشور، 1988، **النظام الإجرائي لخصومة التحكيم**، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة.

مخلوف، أحمد، 2005، **إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقـود التجـارة الدولية،** دار النهضة العربية، القاهرة، ص 293 وما بعدها.

مرقص، سليمان، 1987، **الوافي في شرح القانون المدني**، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، (بدون مكان نشر).

المصري، حسني، 2006، **التحكيم التجاري الدولي**، دار الكتب القانونيـة، المحلـة الكبرى.

معماري، وهيب، 2008، **رقابة قضاء البطلان على القرارات التحكيميـة**، بحـوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر العلمي الـسنوي الـسادس عـشر، المجلد2.

هاشم، محمود، 1990، **النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية**، الجزء الأول، إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة.

والي، فتحي، 1999، **إجراءات وقواعد التحكيم في العالم العربي مقارنة بالإتجاهات الحديثة في التحكيم**، محاضرة في مؤتمر مراكز التحكيم العربـي، التحكـيم العربي: الحاضر والمستقبل، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنـان17-18 مايو 1999.

والي، فتحي، 2007، **قانون التحكيم في النظريـة والتطبيـق**، منـشأة المعـارف، الإسكندرية.

ب. المراجع الأجنبية:

CINDY G. BUYS, 2005, **The Arbitrator's Duty To Respect The Parties Choice of Law in Commercial Arbitration**, FP-BUYS.

Haddad, Hamzeh, 1989, **Enforcement of Foreign Judgment and award in Jordan and Iraq**, A lecture addressed to the IBA conference of Bahrain,(5-5/3/1989). www.aiadr.com

James E. Berger, Christopher F. Dugan And Charlene Sun, December 2008, **Second Circuit Reaffirms Manifest Disregard Standard of Review for Arbitral Awards**, Paul Hasting Publishing, p.2-3.

Giuditta Cordero MOSS, 2008, International Arbitration and the Quest for the Applicable law, **Global Jurist**, vol,8, issue3,Article 2,p.4